

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
REPRÉSENTATION
EN
MATIÈRE RÉELLE ET PERSONNELLE
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Jeudi 29 Mars 1900 à 1 heure.

PAR

TÉLÉMAN

Président : M. GIRARDIN, professeur.
Suffragants } *MM. GIRARD, professeur.*
 AUDIBERT, professeur.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

—
1900

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
REPRÉSENTATION
EN
MATIÈRE RÉELLE ET PERSONNELLE
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

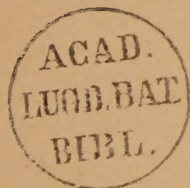
Sera présenté et soutenu le Jeudi 29 Mars 1900 à 1 heure.

PAR

T É L É M A N

Président : M. GIRARDIN, professeur.

Suffragants { MM. GIRARD, professeur.
AUDIBERT, professeur.



PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

—
1900

PROLÉGOMÈNES

La représentation est une fiction en vertu de laquelle des individus qui, en réalité, ont été étrangers à l'accomplissement d'un acte juridique, sont cependant censés y avoir été parties agissantes, tandis que d'autres qui, réellement, ont participé à la confection dudit acte, sont supposées n'y avoir point figuré. En conséquence de cette fiction, tous les effets de l'acte qui a été accompli se produisent activement et passivement en la seule personne du représenté, la personnalité du représentant s'effaçant aussitôt après la passation matérielle de l'acte juridique.

Ainsi comprise, la représentation présente une utilité considérable à des points de vue divers. Elle permet à des personnes, d'ailleurs capables, d'accomplir, par l'intermédiaire d'autrui, des actes qu'un

obstacle de fait, éloignement, âge ou maladie, empêche de conclure. Elle fournit un procédé commode pour pourvoir à l'administration des incapables ou des personnes morales. Elle développe enfin, au grand avantage de la société toute entière, l'activité économique des individus en facilitant les multiples manifestations.

Le principe de la représentation, tel que nous venons de le définir et avec les conséquences heureuses qu'il entraîne après lui, a été consacré par le droit français, et il a trouvé son expression et sa formule dans la conception moderne du mandat, qu'il soit conventionnel ou légal. D'une part en effet, l'article 1984, C. civ. porte : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant *et en son nom* ». D'autre part, l'article 450, C. civ., dispose, en ce qui concerne le principal des mandataires légaux, que « le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le *représentera* dans tous les actes civils ».

Il en était tout différemment en droit romain où l'idée de représentation resta à peu près inconnue. Le mot *repræsentatio* n'y a pas le sens que nous y attachons aujourd'hui (1) et il n'existe dans la langue

1. V. à cet égard : Inst. 2. 20. *de legat.* 14.

latine aucune expression qui traduise ce phénomène d'un acte qui, accompli par une personne, produit néanmoins ses effets dans une autre. Dans les principes romains, « chacun — dit excellemment M. Ortolan (1) — doit intervenir et agir pour soi-même sur la scène juridique, car la conséquence des actes s'applique immédiatement à celui qui remplit le rôle. Ce sont des acteurs qui n'ont pas de doublure ». Les effets des actes juridiques ne peuvent se produire qu'en la personne de ceux qui y ont été parties, et toute volonté contraire qui aurait pu être exprimée, aurait rendu l'acte radicalement nul : « *Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari neque emere, vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat possumus* » (2). Disons plus : celui, mandataire ou tuteur, qui faisait ainsi un acte nul, engageait sa responsabilité personnelle et se rendait passible de dommages-intérêts envers le mandant ou le pupille dont il n'avait pas fait l'affaire comme elle aurait dû être faite.

Les services que nous rend aujourd'hui la repré-

1. Ortolan, *Hist. de la législ. romaine* (12^e édit.) n. 162.

2. D. 44. 7 *de obl. et act.* 11.

sensation, et que nous avons sommairement indiqués plus haut, paraissent, par leur nature, s'imposer, en partie du moins, comme une nécessité sociale. N'est-il pas indispensable, en effet, que toute législation permette d'accomplir des actes, commandés par une urgence absolue, mais que l'éloignement, par exemple, peut rendre tout à fait impossible ? Ne faut-il pas enfin pourvoir à l'administration de mineurs incapables physiquement de gérer eux-mêmes leur patrimoine ? Evidemment le droit romain devait donner satisfaction aux exigences de pareilles situations ; c'est ce qu'il fit, mais par des procédés ne ressemblant en rien à la représentation et qu'il convient d'exposer en quelques lignes.

Le Romain, qui se trouvait dans l'impossibilité matérielle de faire lui-même ses affaires, devait avoir recours à l'office d'un mandataire, mais ce mandataire ne représentait pas le mandant ; ce n'était qu'un agent opérant en son propre nom pour le compte de ce dernier. C'était un remplaçant et non un représentant. Ce mandataire, en effet, acquérait ou aliénait, stipulait ou promettait (1), conformé-

1. « Lorsque l'acte à conclure exigeait l'existence de certaines conditions qui n'existaient que dans le chef du mandant et étaient étrangères au mandataire, elles devaient d'abord être transférées à ce dernier, par exemple la pro-

ment aux termes de son mandat, absolument comme s'il eut été le véritable intéressé; les actes qu'il accomplissait ainsi n'avaient effet qu'en sa personne et il devenait personnellement propriétaire, créancier ou débiteur. Puis, à l'aide d'un autre acte juridique, complètement distinct, il faisait passer le résultat actif ou passif de l'opération sur la tête de son mandant. Celui-ci pouvait d'ailleurs le contraindre par l'*actio mandati directa* à lui transmettre le bénéfice de l'opération, comme de son côté le mandataire pouvait, par l'*actio mandati contraria*, obliger le mandant à le dégager des obligations qu'il avait dû contracter. Ainsi était résolue la difficulté dans les vieux principes romains.

Le tuteur, mandataire légal du pupille, se trouvait dans la même situation que le mandataire conventionnel, et si ce pupille était un *infans*, il ne pouvait aussi, pour remplir les devoirs de sa charge, qu'acquérir ou aliéner, stipuler ou promettre en son propre nom, sauf règlement de compte par les actions *tutelæ directa* et *contraria*.

Des procédés aussi compliqués, remplaçant la

priété du fonds pour lequel une servitude devait être acquise ou sur lequel une servitude devait être établie ». Jhering, *l'Esprit du droit romain* (trad. de Meulenaëre), t. IV, p. 245 et 246 — V. d'ailleurs *infra*, p. 43.

simplicité pratique de la représentation, offraient d'immenses inconvénients qui sautent aux yeux avec une telle évidence qu'on en oublie parfois les avantages réels qui pouvaient néanmoins en être la conséquence. Il convient donc de les rappeler d'abord succinctement. En premier lieu, celui qui se sait directement atteint par les effets d'une opération est conduit naturellement à apporter à sa préparation plus de vigilance. D'un autre côté, celui qui contractait avec un mandataire, ne connaissant que lui, puisque le mandat ne produisait aucun effet à l'égard des tiers, il en résultait qu'il n'avait à suivre que la foi de ce mandataire ; par suite, nul besoin pour ce tiers de se renseigner sur l'étendue, parfois indéfinie, des pouvoirs du mandataire, ou de se livrer à des recherches, souvent difficiles, sur la solvabilité du mandant. Ces derniers avantages sont si appréciables que le droit commercial moderne est revenu à la notion romaine du mandat en organisant le contrat de commission. En m'adressant à un commissionnaire, en effet, je n'ai pas à m'inquiéter de la personnalité de celui dont il est le fondé de pouvoirs ou de ceux avec lesquels il contractera pour mon compte. Quand j'achète des marchandises au commissionnaire d'autrui, c'est à ce commissionnaire, et non à son commettant, que je

demanderais l'exécution du contrat et, en cas d'inexécution, des dommages-intérêts s'il y a lieu. Quand je vends des marchandises à un commissionnaire chargé d'acheter pour autrui, peu m'importe la solvabilité du commettant, il me suffit que le commissionnaire soit sérieux, honorable et solvable. Un pareil système, il faut en convenir, simplifie singulièrement la conclusion des contrats. Ne reprochons donc pas trop aux Romains d'avoir manqué d'esprit pratique en maintenant, tout en l'atténuant, le principe de la non-représentation puisque nous voyons précisément qu'aujourd'hui, dans les affaires qui exigent au plus haut degré de la rapidité et de la sécurité, c'est-à-dire dans les affaires commerciales, nous avons abandonné la fiction de la représentation.

Quoi qu'il en soit, les inconvénients de la non-représentation l'emportaient sur les avantages qu'elle pouvait présenter, d'autant plus que le commerce n'atteignit jamais à Rome le développement qu'il a pris dans nos sociétés modernes. La non-représentation, nous l'avons vu, nécessitait la transmission sur la tête du mandant des droits fixés sur celle du mandataire. On employait d'ordinaire à cet effet la *procuratio in rem suam* (1), mais celle-ci ne deve-

1. Remarquons que c'est précisément en admettant la

nait irrévocable qu'au moment de la *litis contestatio*, d'où danger au cas où le mandant ou le mandataire, viendrait à mourir avant la *litis contestatio*. D'autre part, les actions *mandati directa* et *contraria*, garanties du mandant et du mandataire, pouvaient être inefficaces dans leurs résultats si elles étaient intentées alors que le mandant ou le mandataire était devenu insolvable. Les tiers enfin pouvaient hésiter à contracter avec un mandataire qui, presque toujours, n'offrait pas la surface pécuniaire de son mandant, ce qui les exposait, faute d'action directe contre celui-ci, aux risques d'insolvabilité du mandataire.

Les inconvénients de la non-représentation s'aggravaient encore en matière de tutelle. Ils pouvaient aboutir en effet à préjudicier injustement aux tuteurs qui, eux cependant, à la différence des mandataires conventionnels, subissaient obligatoirement une charge onéreuse. Sans doute les tuteurs, au lieu de *negotia gerere* pouvaient *auctoritatem interponere*, et ce dernier procédé ménageait davantage leurs intérêts, mais il ne faut point oublier que l'*aucto-*

représentation en justice par l'institution des *procuratores* que la procédure formulaire a fourni un moyen commode de transporter au mandant les actions nées du chef du mandataire.

ritatis interpositio n'était pas toujours praticable, et qu'elle était spécialement impossible lorsque le pupille était *infans*. Le tuteur, ainsi contraint de recourir à la *negotiorum gestio*, par une crainte légitime de se trouver engagé en quelque façon, malgré tout le soin par lui apporté dans la conduite des affaires du pupille, pouvait montrer dans son administration une circonspection excessive, nuisible aux intérêts bien entendus de l'incapable. Enfin, nouvel inconvénient de la *negotiorum gestio*, il y avait des actes que le tuteur était impuissant à accomplir pour son pupille, et nous citerons notamment l'aliénation par mancipation ou *in jure cessio*.

La non-représentation, offrant de tels inconvénients, on s'étonnera sans doute qu'une législation, aussi pratique que la législation romaine, ait pu la consacrer, et surtout la maintenir, tout au moins en principe. L'explication du phénomène est cependant toute naturelle. Loin d'apparaître comme une singularité juridique, la règle prohibitive de la représentation est absolument conforme à l'essence de l'obligation (1). Celle-ci, dans la réalité des choses, ne doit en effet créer qu'un lien intimement personnel entre les deux parties en présence, et c'est au con-

1. Puchta, *Pandekten*, § 273.

traire l'idée que ce lien peut engager d'autres que les parties contractantes qui est tout à fait anormale. Supposer étranger à un acte juridique celui qui y participe effectivement pour le remplacer, quant aux effets de cet acte, par un individu qui y est resté absolument étranger, est une conception trop savante pour qu'elle puisse s'accommoder de la simplicité des premiers âges. Les Romains, calquant leurs principes juridiques sur la réalité (1), devaient donc ignorer naturellement la représentation qui suppose une analyse toute artificielle. Comme le dit en effet M. Jhering, « la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet de l'acte ; la cause : l'action, concerne la personne du représentant ; l'effet : le droit, concerne le représenté ; il y a donc là une séparation artificielle de ce qui, dans l'état naturel du rapport est un » (2).

A cette explication fort simple du principe de la non-représentation, explication aujourd'hui généralement admise, on a quelquefois substitué une autre théorie, d'ailleurs très séduisante, et qui se recom-

1. M. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e édit., p. 647.

2. Jhering, *op. cit.*, t. IV, p. 171 et 172. V. aussi sur les motifs de la non-représentation en droit romain. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung*.

mande de l'autorité de son illustre défenseur, M. de Savigny (1). Elle se résume dans l'idée que la non-représentation est issue du formalisme antique. Les vieilles formules, et les cérémonies qui les accompagnaient, supposaient toujours que les parties intéressées agissaient elles-mêmes, or elles étaient définitivement fixées dans leurs termes et dans leur rituel, d'où impossibilité de la représentation. La preuve, dit-on, que le principe de la non-représentation se lie au formalisme, c'est qu'à mesure que celui-ci perdit du terrain, la représentation en gagna, et que, finalement, la non-représentation trouva son dernier refuge dans les actes solennels. Nous rencontrerons plusieurs fois ce système dans le cours de notre travail, et nous aurons occasion de le discuter, mais nous devons, dès maintenant, nous ranger parmi ses adversaires. Il est vrai qu'avec la disparition graduelle du formalisme nous voyons le droit romain se rapprocher de la représentation, mais cela ne prouve nullement que le formalisme fut la cause de l'absence de représentation. Le formalisme a été un obstacle matériel à la représentation ; il n'a pas été la raison d'être de la règle de la non-représenta-

1. M. de Savigny, *Système*, t. III, § 113. *Le droit des obligations* (trad. de MM. Gérardin et Jozon), t. II, § 56 et 57.

tion. Nous en trouvons la démonstration dans ce fait que l'apparition des actes non solennels laissa subsister le vieux principe, preuve manifeste qu'il avait des racines plus profondes, et nous les avons rencontrées dans la notion de la personnalité et de l'indivisibilité de l'acte juridique, notion qui a d'ailleurs l'avantage d'expliquer précisément pourquoi les formules et cérémonies supposent toujours agissantes les seules parties intéressées.

Si, comme nous croyons l'avoir démontré, le principe de la non-représentation, a une origine toute naturelle, il peut n'en paraître pas moins surprenant qu'il se soit perpétué pendant toute la durée du droit romain en dépit de ses inconvénients, qui pourtant ne durent point tarder à se faire sentir. L'esprit juridique des Romains s'affina si rapidement qu'on ne peut songer à expliquer le phénomène par la délicatesse de la conception qu'implique la représentation ; la législation romaine en effet n'est pas avare de fictions, et elle ne doit pas avoir reculé devant l'adoption d'une nouvelle. La vérité est que les Romains ne consacrèrent point la représentation parce qu'ils restèrent longtemps sans en éprouver le besoin, et cela pour deux raisons que nous devons maintenant indiquer.

Parmi les services que la représentation est appe-

lée à rendre dans une société, nous avons mentionné le développement de l'activité économique, activité qui se manifeste principalement par l'intensité des relations commerciales. Or, il nous suffira de rappeler à cet égard que les Romains, peuple d'agriculteurs, n'eurent, fort longtemps, aucun rapport commercial avec les nations qui les environnaient, et qu'en tout cas, ces rapports, quand ils apparurent, furent si exceptionnels qu'il est assez compréhensible que le législateur n'ait pas songé à leur donner une réglementation spéciale.

D'ailleurs, et c'est la deuxième cause de la persistance du principe de non-représentation, dans les hypothèses où la nécessité s'en faisait sentir, on pouvait parfois trouver un remède aux inconvénients de la règle prohibitive dans l'organisation même de la famille romaine. Celle-ci, nous aurons à maintes reprises occasion de le constater, palliait, dans une certaine mesure, les déficiences de la non-représentation. Le *paterfamilias* en effet, devenait créancier, nonobstant toute manifestation contraire de volonté, *per personas in potestate manu mancipiove*, et plus spécialement *per liberos et servos*. Par ses enfants : de même que nous disons aujourd'hui que le mandataire est l'organe du mandant, de même, à Rome, on employait alors une

formule expressive qui rappelle la même idée : *vox filii, vox patris* (1). Par ses esclaves : le fait est encore plus démonstratif puisqu'alors ce n'est même pas l'esclave qui est censé parler, mais le maître auquel il a emprunté sa personnalité juridique, absolument comme de nos jours le mandant communique sa capacité au mandataire. Comme pour mieux marquer le caractère anormal des résultats auxquels faisait nécessairement aboutir la constitution de la famille, les jurisconsultes romains opposent aux personnes en puissance, les personnes étrangères, et ce n'est qu'à elles que s'applique la non-représentation : *nihil per extraneam personam adquiri posse*. Quelque spécieuse que soit l'analogie des situations, il ne faut cependant pas s'y méprendre. On ne trouve pas dans la famille romaine une véritable représentation. Les résultats peuvent se rapprocher, les idées d'où ils dérivent sont totalement différentes. « Le principe de la représentation, dit M. Labbé (2), a pour but d'étendre l'activité juridique d'une personne en lui donnant des agents, des organes soumis à sa volonté, dévoués à ses intérêts. Le principe « le père de famille acquiert par les per-

1. Inst. 3. 19, de *inut. stip.* 4.

2. De la représentation dans les actes juridiques (Ortolan, *Explication historique des Instituts*, t. II, appendice IX, p. 868).

sonnes en sa puissance » dérive de l'organisation de la famille romaine ; il a été établi dans l'intérêt collectif de la famille, et non dans l'intérêt du père de famille ; il produit des effets que la volonté de ce chef ne dirige pas ». Les deux situations se trouvent donc séparées par une différence caractéristique, à savoir la question de volonté qui est tout en matière de représentation véritable, rien dans le semblant de représentation que nous rencontrons dans la famille romaine ; cette espèce de représentation n'est qu'une conséquence toute fortuite tenant à la conception de la famille. D'ailleurs cette conception, est-il besoin de le dire, ne visait point à atténuer les inconvénients de la non-représentation, sinon elle aurait laissé aux enfants et aux esclaves, la liberté d'aliéner et de promettre, alors, comme nous allons le voir, qu'ils ne pouvaient qu'acquérir et stipuler.

Les circonstances devaient changer avec le cours des temps. Les conquêtes développèrent les relations commerciales. Les Romains, vivant plus au dehors qu'autrefois, s'aperçurent alors que les principes sur lesquels était basé leur droit de famille ne pouvaient donner satisfaction aux nouveaux besoins qui surgissaient. Les fils et les esclaves d'un *paterfamilias* ne pouvaient en effet qu'acquérir et stipuler ; il leur

était impossible, même avec le consentement de ce *paterfamilias*, de compromettre le patrimoine familial par leurs aliénations ou leurs engagements, et cela, il convient de le remarquer, différencie, à un autre point de vue, la soi-disant représentation de la famille, de la représentation véritable où le côté passif est mis, au contraire, sur la même ligne que le côté actif. La règle que les fils et les esclaves ne pouvaient qu'enrichir le patrimoine commun sans jamais pouvoir l'appauvrir était, sans doute, protectrice des intérêts de la famille, mais, par la même, elle rendait presque complètement vains les services qu'on aurait pu attendre du semblant de représentation dérivant de l'organisation familiale. Les actes juridiques les plus fréquents ne sont pas en effet ceux où l'on acquiert sans rien donner en échange; ils ne sont que tout à fait exceptionnels. Il fallait donc pour les actes les plus usuels renoncer à employer ses enfants ou ses esclaves pour recourir au mandat, sous la figure et avec les inconvénients que nous avons décrits.

Le mandat romain, avons nous dit, est la mise en œuvre du principe de la non-représentation. Si l'on veut se faire une idée exacte de ce principe, il convient donc, avant tout, de bien s'entendre sur le sens qu'il faut lui donner, et, en second lieu, sur sa portée pratique.

Au premier point de vue, nous dirons qu'il faut se garder soigneusement de voir une application de la représentation dans des actes qui ne la manifestent en aucune façon. Ainsi, on répète couramment que les créanciers sont représentés par leurs débiteurs. Il y a là évidemment une incorrection de langage, car il ne s'agit pas ici de la représentation au sens propre du mot. Ce serait une erreur de s'imaginer que lorsqu'un acte juridique profite ou nuit indirectement à des tiers, ceux-ci ont été représentés. Les effets de l'acte ne rejaillissent alors sur les tiers que par ricochet, tandis que la véritable représentation suppose que l'acte produit ses effets directs dans la personne des tiers. Le principe de la représentation, ainsi entendu, fixe, par là même, le sens de la règle de la non-représentation. On ne pourra donc pas regarder comme des dérogations à la non-représentation ces actes qui peuvent profiter ou nuire indirectement à des tiers ; il n'y a là rien de commun avec la représentation proprement dite.

Quant à l'étendue d'application du principe de non-représentation, elle était très vaste. Tous nos droits se résument dans des droits de famille et des droits de patrimoine. En ce qui concerne les droits de famille, le principe de non-représentation s'explique tout naturellement ; il a été consacré, ou

plutôt sous entendu, par les législations modernes, et on ne peut du reste y apporter que de très restreintes exceptions. Au contraire, on conçoit parfaitement que la représentation soit admise pour les droits de patrimoine ; nos codes la reconnaissent ; la législation romaine, et c'est là quelle se montre originale, la proscrivait de la façon la plus large. Néanmoins, nous devons faire remarquer que la représentation ne peut s'appliquer qu'aux actes entre vifs, la non-représentation s'imposant pour les actes de dernière volonté, attendu qu'on ne conçoit pas que le patrimoine d'une personne soit transmis après sa mort en vertu d'un acte qui ne serait pas son œuvre (1). Pour les actes entre vifs, du moins, la représentation resta inconnue des Romains, aussi bien en matière personnelle que réelle, étrangère aux personnes physiques comme aux personnes morales. Enfin, en ce qui concerne la sanction de nos

1. Toutefois la substitution pupillaire nous fournit un exemple contraire. Lorsqu'un père a fait une pareille substitution, que son fils vient à mourir *sui juris* avant sa puberté, l'hérédité de celui-ci, distincte de celle du père, se trouve alors déférée en vertu d'un testament qui n'a pas été fait par le titulaire du patrimoine transmis. Mais cette anomalie peut s'expliquer par l'énergie de la puissance paternelle romaine qui, alors, permettait en quelque sorte au père de disposer de biens relativement auxquels ses droits étaient censés fictivement avoir survécu.

droits, à savoir les actions, la représentation ne fut pas davantage admise.

Nous ne voulons envisager ici que la matière des droits réels et de créance en laissant même de côté, à cet égard, la représentation des personnes morales qui nécessiterait d'ailleurs des développements spéciaux touchant au droit public.

Sur ce terrain limité, le principe de la non-représentation doit subir encore une restriction d'un caractère très général. La règle de la non-représentation, en effet, ne régit que l'acquisition des droits réels ou personnels, mais non les actes conservatoires des droits antérieurement acquis. De nombreux textes font cette distinction ; nous ne citerons que le plus compréhensif : « *per procuratorem non semper adquirimus actiones, sed retinemus* » écrit le jurisconsulte Paul (1), et, ce qu'il nous dit des actions, nous pouvons le dire des droits eux-mêmes. La raison d'être de la distinction ne laisse pas d'être très délicate (2). Nous dirons que les Romains, pouvant se servir des personnes en puissance pour conserver leurs droits, devaient naturellement être amenés à reconnaître que les per-

1. D. 3, 3, *de proc.*, 72.

2. E. Vermond, *Théorie générale de la possession*, p. 168 et s.

sonnes *sui juris* pourraient leur rendre les mêmes services; pourquoi donc n'auraient-elles pu volontairement se faire les instruments d'autres personnes à l'effet de conserver leurs droits? On objectera sans doute que si les Romains étaient partis de cette idée, ils auraient fait des personnes *sui juris*, comme des *alieni juris*, des instruments d'acquisition et non pas seulement de conservation. L'objection n'est cependant pas décisive, parce qu'entre la conservation et l'acquisition d'un droit, il existe une différence dont il faut tenir compte. Tout ce qui est fait en vue de la conservation d'un droit ne peut jamais profiter qu'au titulaire de ce droit, et, par suite, il était naturel d'admettre que le mandant doit profiter de l'acte accompli par le mandataire. Il en va différemment pour l'acquisition d'un droit, du moins quand elle n'est pas l'œuvre de personnes en puissance auquel cas l'acte, qu'il soit d'acquisition comme de conservation, ne peut profiter qu'au *paterfamilias*; mais si l'acquisition est l'œuvre de *sui juris* agissant comme mandataires, on ne pouvait pas dire alors que l'acte qu'ils avaient passé ne pouvait profiter qu'à leur mandant, puisque rien ne mettait juridiquement obstacle à ce que le droit fût réalisé en leur personne. Par suite, on en restait, dans cette hypothèse, à l'idée que les actes juridi-

ques ne peuvent produire effet qu'en la personne des parties agissantes, c'est-à-dire à la règle de la non-représentation.

Cette règle présentait évidemment trop d'inconvénients pour être maintenue dans son intégralité. Les Romains, en effet, étaient avant tout utilitaires, et c'est peut-être pour cette raison qu'ils se gardaient de poser dogmatiquement des principes, pour être sans doute plus à l'aise de les faire fléchir selon les convenances de leurs intérêts. S'ils savaient tempérer, pour des motifs d'utilité ou d'équité, la rigueur de leurs principes juridiques, ils n'y étaient pas moins très fidèlement attachés ; ils les atténuaient, les paralysaient même, mais ils les conservaient. La matière de la non-représentation en particulier est très fortement imprégnée de cet esprit. Les règles du mandat n'étant pas suffisamment souples pour les besoins nouveaux qui surgissaient, on les tourna pour des motifs d'utilité, afin de rendre plus praticable le mandat conventionnel, et comme, à ces motifs, se joignaient, en matière de mandat légal, la tutelle, des raisons d'équité, on n'hésita pas à troubler plus profondément à cet égard les vieilles idées, proportionnant ainsi la portée des réformes à l'exacte mesure de leur nécessité. Mais, en résumé, l'ancien principe subsista, il fut seule-

ment neutralisé sous l'action des préteurs, des jurisconsultes et des empereurs. Les préteurs, fort habilement, corrigèrent les inconvénients de la non-représentation, tout en acceptant comme point de départ de leurs innovations les conséquences de la non-représentation, qu'ils appliquèrent même à des actes juridiques de leur création comme le pacte de constitut. Sauf peut-être Papinien, qui paraît avoir entrevu la représentation, les jurisconsultes ne firent guère que généraliser les procédés des préteurs. Les empereurs enfin, perpétuèrent le principe ancien, et, à quelques exceptions près, se contentèrent des tempéraments prétoriens. C'est l'exposé de cette longue évolution, en ce qui a trait aux droits réels et personnels, que nous voudrions esquisser dans ce travail ; aucun sujet d'ailleurs ne se prête davantage à la mise en lumière de ce double caractère de la législation romaine : la conservation respectueuse des vieilles idées, l'ingéniosité pratique des moyens employés pour s'affranchir de leurs conséquences fâcheuses.

CHAPITRE PREMIER

De la représentation en matière réelle.

Nous diviserons naturellement nos explications en acquisition et aliénation des droits réels. Mais avant d'aborder l'examen de ces deux termes de notre question, il est indispensable de parler, brièvement du moins, de l'acquisition et de la perte de la possession, car si la possession, ne constituant pas un droit, mais un simple état de fait, semble devoir rester étrangère à notre sujet, il ne faut pas oublier cependant qu'elle peut figurer comme condition de l'acquisition d'un droit réel dans certains actes juridiques, et qu'à ce titre, elle doit nécessairement précéder toute étude relative aux droits réels.

I

DE LA POSSESSION

Tandis qu'on pouvait acquérir, et sous le bénéfice des observations qui suivront, la possession par l'in-

termédiaire des personnes en puissance, ce qui d'ailleurs, avons nous dit, n'est pas une véritable application de la représentation, on ne pouvait point, conformément au principe exclusif de la représentation, acquérir la possession par l'intermédiaire de personnes étrangères. La règle contraire finit pourtant par prévaloir et l'adage « *per extraneam personam possessio nobis adquiritur* » devint de théorie courante. L'évolution néanmoins ne se fit pas sans quelque difficulté.

Sous le règne de Trajan, Javolenus, à l'occasion d'une question qu'il se pose, et qui du reste n'est pas douteuse, déclare très nettement qu'on ne saurait acquérir la possession *per extraneam personam* attendu qu'il n'est pas conforme à la nature des choses que nous puissions posséder par l'intermédiaire d'une personne que nous ne possédons pas : *neque enim rerum natura recepit, ut per eum aliquid possidere possumus quem civiliter in mea potestate non habeo* » (1). A la même époque, Neratius enseignait la doctrine contraire en indiquant précisément un cas où celle-ci devait subir une exception quoique, dit-il, on soit à peu près d'accord pour reconnaître que l'on peut acquérir la possession par

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 23. 2.

mandataire : «... *quamvis per procuratorem possessionem apiscinos, jam fere conveniat* » (1). Toutefois, sous Gaius, la question était encore controversée, car, après avoir rappelé le principe qu'on ne peut rien acquérir par des personnes étrangères, il ajoute : « *Tantum de possessione quaeritur an per liberam personam nobis adquiratur* » (2), et dans un autre passage de son deuxième commentaire, il nous apprend même que l'on se demandait si l'on pouvait acquérir la possession par les personnes *in manu* et *in mancipio* puisqu'on ne les possédait pas (3). La controverse paraît avoir été tranchée à la fin du second siècle comme on le voit par une constitution de l'an 196 des empereurs Septime Sévère et Caracalla ainsi conçue : « *Per liberam personam ignorantique quoque adquiri possessionem; et postquam scientia intervenierit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est* » (4). La réforme, qui ne se fit jour que progressivement, semble aussi, quant à sa portée, être allée s'élargissant. Peut-être n'a-t-elle été admise

1. D. 41. 3. *De usurp. et usuc.* 41.

2. Gaius, 2. 95.

3. Gaius, 2. 89 et 90.

4. C. 7. 32. *De adq. et retin. poss.* 1. «... *quam juris pridem receptum est* », selon d'autres leçons.

d'abord que pour les *procuratores*, c'est-à-dire, dans la signification originaire et technique du mot, pour des espèces d'intendants se chargeant de gérer toute la fortune d'un individu. C'est ainsi que le jurisconsulte Neratius paraît ne viser qu'eux et les tuteurs (1). Quoi qu'il en soit, quand la règle que la possession peut s'acquérir par l'intermédiaire de personnes étrangères s'imposa, les textes, en l'énonçant, lui donnèrent une portée très générale; en dehors des mandataires généraux, des tuteurs et des curateurs, elle s'étendit en outre aux mandataires spéciaux et même aux gérants d'affaires (2).

La constitution précitée de Septime Sévère et Caracalla invoque, à l'appui de la nouvelle règle, des motifs d'utilité et des raisons de droit. Quant aux considérations d'utilité pratique visées par le texte, elles sont trop évidentes pour qu'il soit nécessaire d'insister; le jurisconsulte Paul les invoque également (3) et même nous signale, au point de vue utilitaire, une raison d'être spéciale de la représentation en notre matière, en disant, qu'à défaut de celle-ci, il aurait pu arriver qu'une chose restât alors sans possesseur, l'ancien possesseur ayant cessé de

1. D. 41, 1. *De adq. rer. dom.* 13.

2. Girard, *op. cit.*, p. 265.

3. Sent., 5. 2. 2.

l'être et celui qui devait l'être ne pouvant le devenir vu le principe exclusif de la représentation (1). En ce qui concerne d'autre part les motifs juridiques de la représentation dans la possession, nous pensons qu'il faut les chercher dans l'idée que la possession soulève une pure question de fait et est, par sa nature, étrangère au droit ; on peut d'ailleurs arguer en ce sens d'un passage de Modestin, que nous retrouverons plus loin, et ainsi conçu : « *quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus* » (2). A notre avis, les Romains soustrayaient ainsi à l'application de la règle exclusive de la représentation une matière de fait qui n'aurait pas dû y rentrer, et si l'on peut présenter le principe que la possession peut s'acquérir *per extraneam personam* comme une dérogation à la non-représentation, c'est moins au point de vue juridique qu'au point de vue historique ; à cet égard, en effet, le principe nouveau apparaît comme une dérogation puisqu'à l'origine on admettait une règle contraire, même vis-à-vis de la possession.

On sait que l'acquisition de la possession exige la réunion de deux éléments : le *corpus*, c'est-à-dire,

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 20.

2. D. 41. 1. *De adq. rer. dom.*, 53.

au moins primitivement, une appréhension matérielle, et l'*animus*, autrement dit, selon la doctrine classique, l'intention de se comporter vis-à-vis de la chose en propriétaire, la simple intention de s'emparer de la chose d'après un système plus récent. On doit évidemment retrouver dans l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui ces deux éléments de toute possession, mais, en ce qui touche le *corpus*, la règle est la représentation; elle n'est au contraire qu'exceptionnelle pour l'*animus* qui, en principe, doit être personnel à celui qui bénéficie des avantages de la possession : « *Possessionem adquiremus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* » (1).

Pour plus de clarté, plaçons-nous successivement du côté de celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui et du côté de celui qui détient pour le véritable bénéficiaire.

Le représenté, c'est-à-dire celui qui veut posséder par l'intermédiaire d'autrui, doit, pour que l'appréhension faite par son mandataire lui fasse acquérir la possession avoir personnellement l'*animus rem sibi habendi*, l'*animus tenendi*. D'ailleurs, la possession est acquise du jour de l'appréhension faite par son représentant,

1. Paul, *Sent.* 5. 2. 1. — V. aussi D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 3. 12.

alors même que celle-ci lui est encore inconnue (1); autrement dit l'intention d'avoir la chose manifestée avant l'appréhension réalisée par le représentant suffit pour faire acquérir la possession au moment même de l'appréhension, encore que celle-ci soit ignorée du représenté. Nous dirons, d'une façon plus générale, que l'*animus* peut précéder ou suivre le *corpus*. La possession sera acquise, l'*animus* précédant le *corpus*, non seulement dans le cas d'un mandat spécial, se rapportant à un bien déterminé, mais encore dans le cas d'un mandat général. Il en sera ainsi spécialement toutes les fois que l'administration d'un ensemble de biens sera confiée à un mandataire (2);

1. D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 13; C. 7. 32. *De adq. et rer. poss.* 1; Inst. 2. 9. *Per quas pers. nob. adq.* 5. En ce qui concerne les personnes en puissance, voy. D. 41. 4. *pro empt.* 2. 12.— L'adage *ignoranti possessio non acquiritur* signifie seulement qu'il ne peut exister de possession au profit de celui qui ignore absolument tout ce que fait un tiers à son intention et qui ne peut avoir, en conséquence, l'*animus rem sibi habendi*; mais il ne signifie nullement qu'il ne peut y avoir possession au profit de celui qui a chargé un tiers de réaliser en son nom une appréhension et n'a pas encore eu connaissance de l'accomplissement du mandat par lui donné.

2. De même, lorsqu'un pécule sera confié à une personne en puissance, on considérera que le *paterfamilias* qui a constitué le pécule a un *animus* suffisant pour acquérir la possession de tout ce que pourra acquérir la personne en puissance à raison de l'administration des biens

la volonté générale du mandant d'acquérir la possession de tout ce que celui qui est chargé de la dite administration pourra appréhender dans l'exercice de cette administration, constituera un *animus* suffisant pour faire acquérir la possession (1). L'*animus* de celui qui acquiert ainsi la possession par l'intermédiaire d'un mandataire général se trouve dans cette hypothèse en quelque sorte effacé par l'*animus* du mandataire qui s'affirme avec plus de force (2), et

qui lui ont été confiés *ex causa peculiari*. (D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 5; D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 44. 1).

1. Girard, *op. cit.*, p. 265 ; Vermond, *op. cit.*, p. 193 et suiv. ; M. de Savigny (*Traité de la possession*, trad. Stœdtler, 1870, § 26, p. 299 et s.) soutient au contraire que le mandant ne devient alors possesseur que du jour où il a eu connaissance de l'appréhension réalisée par son mandataire. En réalité, les textes ne font aucune distinction entre le mandat spécial et le mandat général et posent, d'une manière générale, la règle que *per extraneam personam ignoranti possessio acquiritur*.

2. De là découle une conséquence importante en matière d'usucapion. Quand la possession est acquise par l'intermédiaire d'un mandataire spécial, la possession n'est utile pour l'usucapion qu'à partir du jour où l'appréhension est connue du possesseur (C. 7. 32. *De adq. et retin. poss.* 1) et c'est en la personne de ce possesseur, et non en celle de son mandataire, que l'on doit examiner si la bonne foi requise pour l'usucapion existe (D. 41. 4. *pro empt.* 2. 12). Quand la possession est au contraire acquise par l'intermédiaire d'un mandataire général, l'usucapion court du jour de l'appréhension réalisée par ce mandataire (D. 41. 4. *pro empt.* 2. 11) et celui-ci doit être personnellement de bonne foi (D. 41. 4. *pro empt.* 2. 12).

cette considération a conduit les Romains à autoriser, dans certains cas, l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un tiers au profit de personnes n'ayant pas l'*animus rem sibi habendi*. Ainsi, celui qui est incapable d'avoir un *animus*, parce qu'il est *infans* ou *furiosus*, et dont les biens sont gérés par un tuteur ou un curateur, pourra néanmoins acquérir la possession par l'entremise des personnes chargées de veiller à ses intérêts pécuniaires (1) ; autrefois cet incapable n'aurait jamais pu acquérir la possession (2), mais on finit par décider que l'*animus* de leur tuteur ou curateur suffirait et suppléerait au leur propre. — Nous venons de voir que l'*animus* peut précéder le *corpus*, il peut également le suivre. Lorsqu'un individu sans mandat, un gérant d'affaires, aura appréhendé une chose au nom d'un tiers, la possession sera en effet acquise à celui-ci, s'il ratifie l'acte de gestion, au moment où l'*animus* du représenté viendra se joindre au *corpus* du représen-

1. D. 41.1. *De adq. rer. dom.* 13. 1 ; D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 20. Signalons aussi le cas du *paterfamilias* captif dont le fils ou l'esclave ont appréhendé une chose *ex causa peculii* et qui commencent à usucaper bien que le *paterfamilias* ne puisse être considéré comme ayant l'*animus tenendi* (D. 41. 3. *De usurp. et usuc.* 44. 7).

2. Sauf l'emploi de l'*auctoritas tutoris*, D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 32. 2.

tant (1). — Enfin, pour en terminer avec les conditions requises chez le représenté pour acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui, nous signalerons deux autres conditions. La première consiste en ce que le représenté doit avoir à sa disposition les services de celui qui a appréhendé la chose ; et cette condition, qui s'explique par la nature même de la possession, est remplie par le fait de l'existence d'un lien juridique, comme le mandat, entre le représentant et le représenté (2). La seconde consiste

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 42. 1.

2. La législation romaine a progressivement remplacé la formule primitive que l'on ne peut acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne qu'on ne possède pas, par la formule, beaucoup plus large, qu'il suffit au représenté d'avoir à sa disposition les services de l'auteur de l'appréhension. V. à cet égard : D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 8. A l'égard des personnes en puissance spécialement, il était nécessaire, primitivement, que le *paterfamilias*, pour acquérir la possession par leur entremise, possédât celui qui appréhendait la chose. Celui qui, tout en étant propriétaire d'un esclave ne le possédait pas, n'acquerrait pas la possession par son intermédiaire (D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 21 pr. ; D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 15 ; D. 41. 3. *De usurp. et usuc.* 31. 2) et, pour acquérir la possession, il suffisait de le posséder de bonne foi sans en être propriétaire (D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 21 pr.). D'ailleurs le possesseur de bonne foi d'un homme libre acquerrait aussi la possession *ex re sua* par son intermédiaire (D. 41. 4. *pro empt.* 7. 8). La règle s'appliquait même aux fils de famille qui paraissent avoir été l'objet

en ce qu'on doit avoir, à l'encontre de la personne dont on emploie les services, un droit qui permette d'acquérir par son entremise la propriété de la chose possédée, ce qui n'est que la conséquence de cette idée que la législation romaine, en protégeant la possession, cherchait avant tout à protéger la propriété. Dans l'hypothèse d'un mandat, le mandant acquerra toujours la possession par l'intermédiaire du mandataire puisqu'il peut ainsi acquérir la propriété (1) ; mais si l'on envisage au contraire, et c'est alors qu'apparaît l'intérêt de notre seconde condition (2),

d'une véritable possession puisque Gaius les oppose aux personnes *in manu* et *in mancipio* insusceptibles de possession (Gaius, 2. 89 et 90). Cette possession, quant aux fils de famille, finit, du reste, par n'être plus entendue que dans le sens large du mot, à savoir qu'il suffisait au *paterfamilias* d'avoir ses fils à sa disposition, et, en donnant au mot « possession » cette signification, cela permet d'acquérir également la possession par l'intermédiaire des personnes *in manu* et *in mancipio*. Ajoutons enfin que le droit romain faisait exception à la règle qu'il faut, pour acquérir la possession, posséder la personne qui appréhende, dans les hypothèses où il n'exigeait pas l'*animus tenendi* du possesseur. C'est ainsi qu'on finit par admettre après controverse (D. 49. 15. *De cap.* 12. 2 ; 29) que le *paterfamilias* captif acquiert la possession *ex causa peculii* par l'entremise d'*alieni juris* qu'il ne peut cependant posséder.

1. De même, le *paterfamilias* acquerra aussi bien la possession que la propriété par l'intermédiaire de ses enfants ou de ses esclaves.

2. On peut citer aussi le cas d'un créancier qui a reçu en
Téléman

l'usufruitier d'un esclave (1), il faut se rappeler que cet usufruitier n'acquiert la propriété par l'intermédiaire de l'esclave que si l'acquisition est faite au moyen de biens lui appartenant ou par suite du travail de l'esclave (2); en conséquence, il ne pourra acquérir de même la possession que si elle provient *ex re sua* ou *ex operis servi*, sinon la possession sera acquise au nu-propriétaire (3).

Si nous nous plaçons maintenant du côté du représentant, du détenteur, nous dirons que celui-ci possède, mais dans l'intérêt d'autrui. De là il résulte que le détenteur, puisqu'il possède, doit avoir le *corpus* pour pouvoir faire acquérir la possession au repré-

gage un esclave et qui, bien que le possédant, ne pourra acquérir la possession par son intermédiaire parce qu'il ne saurait non plus acquérir la propriété (D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 15).

1. Il y avait en outre une autre difficulté dans l'hypothèse d'usufruit d'un esclave. Pour posséder par l'intermédiaire d'un esclave, il faut en effet, dans la théorie ancienne, le posséder, or l'usufruitier ne possédait pas; mais on finit, là aussi, par entendre l'expression « possession » dans le sens large que nous avons relevé plus haut (Gaius, 2. 94; D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 8).

2. V. *infra*, p. 47.

3. Gaius, 2. 91-94; Inst. 2. 9. *per quas pers. nob. adq.* 4. Il en sera de même, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne le possesseur de bonne foi d'un esclave ou d'un homme libre possédé de bonne foi comme esclave.

senté, ce qui est du reste tout naturel (1), mais il faut ajouter qu'il doit également avoir l'*animus*; c'est ce que déclare très nettement le jurisconsulte Paul : « *Ceterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi* », et il en tire aussitôt une conséquence quant à l'esclave *furiosus* : « *Et ideo si furiosum servum miseris ut possideas nequaquam videris adprehendisse possessionem* » (2). Cet *animus* que doit avoir le représentant est un *animus tenendi pro alio*, et il doit exister au moment même de l'appréhension. Si, à ce moment, trompant les espérances du représenté, le représentant avait l'intention de posséder, soit pour lui personnellement, soit pour un autre, la possession ne serait pas acquise au représenté (3); toutefois, cette solution, qui offrait des inconvénients pratiques évidents, paraît avoir été controversée, et Ulpien notamment se range à l'opinion contraire (4). D'ailleurs,

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 3. 12.

2. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 9 et 10.

3. *Si jubeas servum tuum possidere, et is eo animo intret in possessionem ut nolit tibi sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio* (D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 1. 19). V. aussi D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 37. 6.

4. D. 39. 5. *de don.* 13. On a il est vrai essayé, sans grand succès, de concilier ce texte avec les précédents. V. sur ce point M. de Savigny, *op. cit.*, § 26.

en ce qui concerne la preuve du caractère de l'*animus*, chez le détenteur, il faut dire qu'en cas de doute, le détenteur doit être, en principe, présumé avoir voulu acquérir la possession pour lui-même, ce qui est en effet conforme à la règle que les conséquences des actes juridiques se produisent dans la personne des parties agissantes.

Suivant un texte célèbre de Paul, répété deux fois au Digeste (1), la possession se perd, non point quand il n'y aura plus *corpus* ou *animus*, mais lorsque *utrumque in contrarium actum est*, autrement dit par la volonté de ne plus posséder ou par un obstacle matériel empêchant de posséder (2). Ceci admis, comment peut-on, par l'intermédiaire d'autrui, perdre la possession que l'on avait, ou, ce qui est en réalité la même question, à quelles conditions est subordonnée la conservation de la possession ?

Celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui doit, pour conserver sa possession, persister dans l'*animus* requis pour acquérir la possession, et celle-ci

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 8 ; D. 50. 17. *De reg. jur.* 153.

2. Malgré la netteté du texte de Paul, des commentateurs autorisés croient néanmoins pouvoir adopter une autre manière de voir. V. spécialement M. Girard, *op. cit.*, p. 267. *Contrà* : M. de Savigny, *op. cit.*, § 29 et s. ; Vermond, *op. cit.*, p. 123 et s.

sera en conséquence perdue lorsqu'à l'*animus tenendi* aura succédé l'*animus non tenendi* (1). Il convient du reste de remarquer que l'absence de volonté chez le possesseur, qui peut être notamment *infans* ou *furiosus*, ne l'empêche pas de conserver la possession (2). Outre la condition relative à l'*animus* le possesseur devra enfin continuer à avoir à sa disposition la personne par l'entremise de laquelle il possède, et avoir à l'encontre de cette personne un droit qui lui permette d'acquérir la propriété par son intermédiaire.

Le détenteur devant avoir, avons-nous dit, le *corpus* et l'*animus* pour acquérir la détention, celle-ci cessera lorsque le *corpus* et l'*animus*, seront *in contrarium acta*. Occupons-nous d'abord du *corpus*. La détention prendra fin quand la chose ne sera plus à la disposition du détenteur ; tel a été, suivant nous, le principe, mais les Romains y ont apporté des atténuations successives. En premier lieu, ils ont, de bonne heure, décidé, en invoquant des raisons d'utilité pratique, que la possession ne serait pas perdue par celui au profit duquel elle avait été acquise lorsque le détenteur perdrait la détention par suite d'un événement tout à fait indépendant

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 40. 1.

2. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 27.

de sa volonté ; il en était spécialement ainsi dans l'hypothèse où le détenteur venait à mourir sans laisser d'héritier continuant sa personne. Le possesseur demeurait alors en possession à moins qu'il ne négligeât trop longtemps de faire réoccuper la chose par une autre personne, auquel cas on pouvait dire qu'il avait l'*animus non tenendi* (1). Qu'en était-il au contraire lorsque la perte de la détention provenait de la volonté du détenteur ? La question de savoir si l'abandon de la chose par le détenteur faisait immédiatement perdre la possession à celui qui possédait par son intermédiaire était controversée en droit classique entre les jurisconsultes : les uns, peut-être tous ceux de l'école Sabinienne, décidant que la possession doit cesser (2), les autres, sans doute de l'école Proculienne, qu'elle continue au profit du possesseur (3) ; c'est d'ailleurs cette dernière opinion qui fut consacrée par Justinien (4). Quoi qu'il en soit, et d'une façon générale, la possession était cer-

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 40. 1.

2. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 31. V. notamment D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 40. 1 où on oppose (*aliud* et non *idem* comme l'ont proposé à tort certains interprètes) ce cas à celui où le détenteur vient à mourir.

3. D. 4. 3. *De dolo malo*, 31. V. aussi D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 3. 8 ; 44. 2.

4. C. 7. 32. *De adq. et retin. poss.* 12.

tainement perdue quand la chose était appréhendée par une autre personne, mais, tandis que pour les meubles la perte était alors immédiate, pour les immeubles elle ne datait que de la connaissance que le détenteur avait de l'usurpation sans la faire cesser (1). — Comme le *corpus*, l'*animus*, pour faire cesser la détention, et par contre-coup la possession, doit être *in contrarium actus*. On ne dira pas d'ailleurs qu'il y a *animus in contrarium actus* lorsque le détenteur sera devenu fou (2), la folie impliquant en effet l'impossibilité d'avoir l'*animus non tenendi*. Il y aura au contraire *animus in contrarium actus* quand le détenteur manifestera la volonté d'être désormais détenteur pour le compte d'un autre, ou quand il voudra lui-même devenir possesseur. Dans ces hypothèses, la logique aurait exigé que celui qui possédait par l'intermédiaire d'autrui, perdit aussitôt sa possession, mais les Romains s'aperçurent des inconvénients pratiques pouvant résulter des capri-

1. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 41. 2 ; 46. D. 43. 16. *De vi*, 1. 22. En droit classique si le représentant, au lieu d'abandonner la détention, livrait la chose à un tiers qui l'appréhendait avec l'*animus tenendi*, le possesseur perdait la possession. Girard, *op. cit.*, p. 269, note 3. Mais Justinien (C. 7. 32. *De adq. et retin. poss.* 12), semble avoir voulu assimiler ce cas à celui où le détenteur abandonne simplement la chose.

2. D. 41. 3. *De usurp. et usuc.* 31. 3.

ces de volonté du détenteur et ils consacrerent un principe qui devait neutraliser les conséquences fâcheuses de leur règle, à savoir que nul ne peut par son fait changer le caractère de sa détention : *nemo ipse mutare potest causam possessionis* (1). Toutefois, celui qui possède par l'intermédiaire d'un détenteur perdra la possession, en conséquence d'un changement dans l'*animus* de ce détenteur, lorsque cet *animus in contrarium actus* se produira chez le détenteur par suite d'un fait ne dépendant pas uniquement de sa volonté ou se manifestera par un fait extérieur (2).

II

DE L'ACQUISITION DES DROITS RÉELS

Le principe que les droits réels ne peuvent être acquis par l'intermédiaire de tiers, *extraneæ personæ*, est spécialement mentionné par Gaius dans la

1. *Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est ; ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum neque eum apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.* (D. 41. 5 *Pro her. vel pro. poss.* 2. 1). Comp. M. de Savigny, *op. cit.* p. 59 et suiv.

2. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 3. 18. V. aussi D. 41. 3. *De usurp. et usuc.* 33. 1.

seconde moitié du deuxième siècle de notre ère : *per extraneam personam nihil adquiri posse* (1). Ce principe, qui n'est qu'une application à notre matière d'une conception que nous avons signalée plus haut, se trouvait d'ailleurs fortifié par les exigences du formalisme romain.

On sait en effet que la constitution des droits réels, conformément à l'esprit de toute la législation romaine, ne put d'abord se réaliser que par des modes solennels, dont les deux plus usuels furent la mancipation et l'*in jure cessio* qui pouvaient servir à transférer la propriété ou à constituer, directement ou indirectement, une servitude. Or, la forme même de ces deux actes, impliquant la présence des parties intéressées, excluait l'intervention d'un mandataire ; celui qui y figure comme acquéreur, affirmant l'existence à son profit d'un droit déterminé, ne pouvait évidemment acquérir que pour lui.

A cette époque, il était bien possible à un mandataire d'acquérir par ordre et pour le compte d'autrui un droit réel, spécialement un droit de propriété (2), mais il devait d'abord, nous l'avons dit,

1. Gaius, 2. 95.

2. D. 20. 4. *Qui potiores*, 3. 1 ; D. 44. 1. *De adq. rer. dom.* 59.

devenir titulaire personnel du droit, sauf à le retransférer ensuite au mandant.

Aucune exception n'était faite à cette règle en faveur du mandataire légal, notamment du tuteur, qui n'était qu'une *extranea persona* vis-à-vis de son pupille.

Un mandataire ne pouvait d'ailleurs acquérir un droit pour le faire ensuite passer sur la tête de son mandant que s'il s'agissait d'un droit cessible, sinon le mandataire eût en effet gardé définitivement le profit de l'opération par lui faite. C'est ainsi qu'il eût été impossible d'acquérir par l'intermédiaire d'un tiers une servitude personnelle, droit incessible et dont l'étendue varie selon la personne en qui il prend naissance. Cela est particulièrement vrai du droit d'usage qui est incessible, même quant à son exercice. Mais cela est encore vrai du droit d'usufruit qui est cessible, mais seulement quant à son exercice ; et en effet, l'émolument du droit ainsi acquis par le mandataire, et dont l'exercice eût été abandonné au mandant, n'aurait pas eu la même durée que l'émolument du droit d'usufruit que le mandant se serait fait constituer ; en conséquence, celui-ci n'aurait pas atteint le but qu'il poursuivait puisque la mort du mandataire l'aurait privé des ressources viagères qu'il avait l'intention d'acquérir. Le mandataire qui

voulait faire acquérir à son mandant un droit d'usufruit ou d'usage qui lui fut propre ne pouvait en réalité que stipuler une peine pour le cas où le droit ne serait pas constitué au profit du mandant (1).

D'autre part, l'acquisition de droits réels par un mandataire, sous la forme que nous lui avons reconnue, pouvait nécessiter des opérations préalables, attendu qu'il est des actes juridiques qui supposent chez l'agent un droit antérieur. Spécialement, l'acquisition d'une servitude prédiale par mandataire exigeait que celui-ci fût d'abord rendu propriétaire du fonds dominant par le mandant (2). Ces aliénations provisoires, pour avoir été d'un usage fréquent dans les temps anciens, n'en étaient pas moins pleines d'inconvénients.

Nous venons de déterminer l'étendue d'application du principe de non-représentation en matière d'acquisition de droits réels ; il nous reste à étudier les deux correctifs issus, l'un des règles spéciales régissant la famille romaine, l'autre, de l'admission de modes non solennels de constitution des droits réels.

Les personnes en puissance ne pouvaient à Rome

1. Labbé, *op. et loc. cit.*, p. 870.

2. V. Jhering, *op. cit.*, t. IV, p. 246 ; Labbé, *op. et loc. cit.*, p. 871.

rien acquérir pour elles-mêmes : *qui in potestate nostra est nihil suum habere postest* (1). Lorsqu'elles figuraient dans un acte comme bénéficiaires d'un droit réel, le profit de l'opération se réalisait chez le titulaire de la puissance; elles étaient même des instruments forcés d'acquisition en ce sens qu'il n'était pas besoin de la connaissance ou de la volonté de celui dont elles dépendaient, et, en outre, qu'elles ne pouvaient acquérir pour un tiers alors même qu'elles en auraient manifesté l'intention. Ces principes permettaient, bien évidemment, aux chefs de famille d'utiliser les services de tous ceux qui relevaient de leur autorité et rendaient moins sensibles les défauts de la non-représentation.

La règle qui faisait acquérir au *paterfamilias* le bénéfice d'actes juridiques auxquels il n'avait pas personnellement pris part était d'ailleurs très générale; elle s'appliquait aux fils de famille (2), aux femmes *in manu*, aux individus *in mancipio*, enfin aux esclaves : *adquiratur autem nobis etiam per eas personas quas in potestate, manu, mancipiove habe-*

1. Gaius, 2. 87.

2. Peut-être faut-il reconnaître au fils de famille, à la différence de l'esclave, un pouvoir propre d'acquérir en son nom la propriété; en tout cas ses acquisitions allaient comme celles de l'esclave au *paterfamilias* (Girard, *op. cit.*, p. 132), Gaius, 2. 86 et 87.

mus (1). En matière d'acquisitions, le *paterfamilias* était censé parler par leur bouche. Toutefois, la règle laissait de côté les acquisitions opérées au moyen de l'*in jure cessio*, laquelle était inaccessible à ces individus « *In summa sciendum est his qui in potestate manu mancipiove sunt nihil in jure cedi posse* » (2).

Une règle aussi simple n'exigerait aucun commentaire (3) s'il n'y avait à envisager quelques situa-

1. Ulp., *Reg.*, 19. 18.

2. Gaius, 2. 96. Ce n'est pas, comme semble le dire Gaius, parce que la formule de l'*in jure cessio* suppose que l'on revendique un droit pour soi-même que l'*in jure cessio* est interdite aux *alieni juris*; la formule de la mancipation est en effet construite d'une façon analogue et cependant la mancipation est certainement permise aux *alieni juris* (Gaius, 2. 87), et cela sans qu'il soit besoin que la mancipation énonce que l'acquisition est faite pour le maître (Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 765, note 2). Le véritable motif est que l'*in jure cessio* suppose la capacité de figurer comme demandeur dans un procès sérieux et qu'on ne pouvait être demandeur dans une *legis actio* que si l'on pouvait se prévaloir d'un droit personnel, ce qui était impossible pour les *alieni juris* (Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 763, note 2; Girard, *op. cit.*, p. 132).

3. Quant à l'acquisition des servitudes nous rappellerons seulement que l'*in jure cessio* était le mode normal entre vifs de constitution des servitudes, or nous venons de dire qu'il était inaccessible aux personnes en puissance. Mais celles-ci pouvaient acquérir pour leur maître une servitude par mancipation, directement s'il s'agissait d'une servitude prédiale

tions spéciales en ce qui concerne les acquisitions réalisées par l'intermédiaire des esclaves.

Lorsqu'un esclave appartenait à plusieurs maîtres, tout ce qu'il acquérait se répartissait entre eux proportionnellement à la part de chacun d'eux dans la propriété indivise (1), et cela, alors même que l'acquisition avait été faite des deniers d'un seul des co-propriétaires (2). Par exception l'esclave commun acquérait exclusivement pour l'un de ses maîtres, lorsque dans l'acte même il désignait celui d'entre eux qu'il entendait faire profiter de l'acquisition (3), lorsque, par la force des choses, l'acquisition ne pouvait pas se réaliser au profit de tous (4), enfin, dans l'opinion sabinienne, qui finit d'ailleurs par prévaloir, lorsque l'esclave acquérait sur l'ordre donné par un seul de ses maîtres (5).

rustique, indirectement (*deducta servitute*) s'il s'agissait de servitudes urbaines ou personnelles. Paul (*Fr. vat.*, 51) indique spécialement ce procédé indirect comme permettant d'acquérir l'usufruit ; on mancipe à la personne en puissance la chose sur laquelle doit porter l'usufruit, et le *paterfamilias* la remancipe *deducto usufructu*.

1. D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 63. 1.
2. D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 37. 2 ; 45.
3. Gaius, 3. 167 ; Inst. 3. 28. *per quas pers.* 3.
4. D. 26. 8. *De auct. et cons. tut.* 12.
5. Gaius, 3. 167 ; D. 4. 27. *per. quas pers. nob. adq.* 3 ; Inst. 3. 28. *per quas pers.* 3.

Lorsque la propriété d'un esclave était partagée, non dans sa totalité indivise, mais dans ses éléments civils, en ce sens qu'elle appartenait à l'un *ex jure Quiritium*, à l'autre *in bonis tantum*, c'était à celui-ci seul que les acquisitions profitaient, parce que lui seul possédait la puissance dominicale (1).

Nous serions incomplet enfin, si, à côté des individus en puissance, nous ne faisons pas une place aux esclaves soumis à un droit d'usufruit ou d'usage et aux individus, esclaves ou libres, possédés de bonne foi, attendu qu'on peut, dans une certaine mesure, acquérir par leur entremise, à savoir lorsque l'acquisition provient de leur travail (*ex operis*) ou de la fortune du maître (*ex re*), exception faite néanmoins pour le maître de l'esclave soumis au droit d'usage qui, par la nature même de son droit, ne pouvait acquérir que *ex re sua* (2).

Pour résumer les développements qui précèdent, nous dirons que les principes de la puissance domestique, sur laquelle était basée la famille romaine,

1. Gaius, 2. 88 et 3. 66 ; Ulp., *Reg.* 19. 20.

2. V. Pour l'esclave usufruituaire : Gaius, 2. 91 et 3. 165 ; D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 10. 3. Pour l'esclave soumis au droit d'usage : D. 7. 8. *de usu et habit.* 14 pr. ; 16. 2 ; 20. Pour l'individu libre ou esclave possédé de bonne foi : Gaius, 2. 92 ; 3. 64 ; D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 10. 4 ; 23 pr. ; 43 pr. ; C. 3. 32. *De rei vind.* 1. pr.

venaient atténuer, dans une mesure qui a été indiquée, les inconvénients de la règle exclusive de la représentation. Mais la conception de cette puissance devait se transformer dans le cours du droit romain ; la *potestas* devait se dépouiller de sa rigueur primitive pour s'humaniser peu à peu jusqu'à finir par disparaître partiellement. Cette évolution doit évidemment avoir eu une répercussion dans notre matière ; il importe en conséquence d'en déterminer très succinctement l'économie générale.

Pour les esclaves seuls, la législation romaine garda toute sa rigueur primitive ; ils n'eurent jamais qu'un pécule, et si leurs acquisitions pouvaient profiter à ce pécule, on ne peut cependant y voir un échec à l'incapacité patrimoniale de l'esclave, puisque le maître gardait sur les biens qui le composaient ce qu'on pourrait appeler un domaine éminent dans la terminologie de l'ancien droit français. La *potestas* en ce qui concerne les fils de famille subit, au contraire, de profondes atteintes. Nous ne ferons que rappeler à cet égard l'institution du *peculium castrense* et du *peculium quasi castrense* sur lesquels le fils de famille avait de véritables droits à l'inverse du pécule ordinaire, enfin, l'introduction progressive des *bona adventitia* qui consacraient, pour l'enfant en puissance, la possibilité d'avoir un patri-

moine et qui comprenaient toutes les acquisitions réalisées par cet enfant, à l'exception des acquisitions faites *ex re* ou *contemplatione patris*. Quant à la *manus* et au *mancipium*, ils devaient disparaître sur la fin de l'époque classique.

Ces évolutions juridiques restreignirent considérablement l'efficacité du correctif que la règle exclusive de la représentation trouvait dans les principes de la puissance domestique. Mais à l'époque où elles touchaient à leur terme, de sérieux progrès, comme nous le verrons, s'étaient réalisés à d'autres points de vue. Pour nous en tenir spécialement à l'acquisition des droits réels, nous allons constater maintenant que l'abandon graduel du formalisme antique énerva dans ses conséquences la vieille règle exclusive de la représentation.

Tout formaliste que fut le droit romain, il dut, par la force des choses, faire, d'assez bonne heure, une place, quoique restreinte, au non-formalisme. C'est ainsi qu'en ce qui concerne l'acquisition des droits réels, nous trouvons consacrées l'occupation, la tradition et l'usucapion, avec, il est vrai, une étendue d'application plus ou moins importante selon les différentes époques, enfin la *longi temporis possessio*. Ces quatre modes non formels, dont trois, l'occupation, l'usucapion et la *longi temporis pos-*

sessio, ne pouvaient être appelés qu'à rendre des services exceptionnels, présentent ce caractère commun de se baser sur la possession, c'est-à-dire sur un simple fait. Or, s'il était vrai que le principe de la non-représentation ait eu son origine dans le formalisme primitif, on devrait constater qu'il n'eut jamais à régir les modes non formels d'acquisition des droits réels ; cependant, il est certain, l'historique de l'acquisition de la propriété par la tradition le prouve, qu'après l'admission de la tradition, il fut encore impossible de devenir propriétaire par l'intermédiaire des tiers ; on n'y arriva que progressivement. Nous rencontrerons d'ailleurs un phénomène analogue en matière de contrats non solennels.

Toutefois l'absence de solennités devait contribuer à l'abandon de l'idée étroite exclusive de la représentation. Le principe en vertu duquel la possession peut être acquise par un tiers fut le point de départ de l'évolution, la possession se trouvant en effet à la base des modes non formels, spécialement de la tradition. Nous avons vu combien ce principe s'était lentement introduit dans la législation romaine, or l'acquisition de la propriété par la tradition suivit évidemment une marche parallèle. Au reste, il importe de le remarquer, la règle que la propriété peut être acquise par tradition *per extraneam personam*

ne constituait pas une dérogation véritable à la non représentation (1) ; la vérité est que les conséquences de la théorie admise sur la possession permirent, non de déroger expressément au vieux principe exclusif de la représentation, mais d'en éviter l'application.

Quelle était donc la situation au point de vue de l'acquisition par tradition à l'époque où la possession pouvait être acquise *per extraneam personeam* ? il convient, à cet égard, de distinguer.

S'il s'agissait d'une *res nec mancipi*, c'est-à-dire d'une de ces choses dont la propriété se transfère par simple tradition, la remise de la possession de cette chose faite au mandataire avec la volonté d'aliéner de la part du *tradens*, d'acquérir de la part de l'*acquirens*, faisait acquérir la propriété au mandant, même à son insu (2), « *quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quæri posse et per hanc dominium* », dit Ulpien (3), et Neratius se pro-

1. V. *supra*, p. 27.

2. Nous disons, même à son insu ; cependant un texte (D. 3. 5. *De neg. gest.* 24) nous dit que les espèces remises par un débiteur au mandataire de son créancier, ne deviennent la propriété de celui-ci qu'autant qu'il ratifie le paiement. La raison en est qu'il s'agit ici, moins d'une acquisition de propriété, que de l'aliénation d'un droit par l'extinction d'une créance.

3. D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 20. 2.

nonce dans le même sens : « *si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine : dominium mihi, id est proprietas acquiritur, etiam ignoranti* » (1). D'ailleurs, dès qu'il y a mandat d'acquérir, la prise de possession par le mandataire profite au mandant, lors même qu'il y aurait erreur sur la chose de la part de l'un ou de l'autre (2). Pour que la possession et, par voie de conséquence, la propriété soit acquise au mandant, nous renvoyons enfin à ce que nous avons dit à propos de la possession (3).— En ce qui concerne le tuteur, nous trouvons une solution identique à celle donnée pour le mandataire conventionnel ; le tuteur pourra, en acquérant par tradition, rendre le pupille propriétaire ; Neratius, dans le fragment précité, continue en effet en ces termes :

1. D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 13.

2. D. 41. 2, *De adq. vel amitt. poss.* 34. 1.

3. Il suffit pour la transmission de la propriété que le mandataire ait reçu tradition au nom du mandant. Les textes qui semblent exiger de plus que la chose ait passé des mains du mandataire dans celles du mandant doivent s'entendre du cas où le mandataire, ayant lui-même acquis la propriété faute d'avoir traité au nom du mandant, la lui transfère à son tour (D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 59 ; C. 7. 10. *De his qui a non dom. man.* 2). Si l'intention du mandataire avait été de s'approprier la chose qui lui a été livrée pour le compte d'autrui, on a vu *supra*, p. 35, que dans l'opinion d'Ulpien, la propriété devrait être néanmoins acquise au mandant.

« *Et tutor pupilli, pupillæ, similiter ut procurator emendo nomine pupilli, pupillæ proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus* » (1). Enfin, nous croyons même qu'il faut aller plus loin, et décider qu'il n'était pas besoin, pour acquérir au mandant la propriété, de faire une véritable remise de possession au mandataire ; que l'aliénateur pouvait être constitué mandataire et acquérir ainsi au mandant ; autrement dit l'aliénateur qui, jusqu'ici, avait possédé pour lui-même, pouvait aliéner la chose par lui possédée en convenant de la détenir désormais, pour le compte de l'acquéreur, à titre de dépositaire ou de locataire par exemple (2) ; en ce cas la remise de possession se réduisait à un simple jeu de volontés

1. V. aussi Inst., 2. 9. *per quas pers.* 5.

2. D. 41. 2. *De adq. vel. amitt. poss.* 18 pr. Sic Girard, *op. cit.*, p. 266. On a objecté à cette solution le principe (C. 2. 3. *de pactis*, 20) que la propriété ne pouvait pas s'acquérir à Rome par simple convention, principe, dit-on, qui serait devenu lettre morte, si on avait permis d'une façon générale à l'acquéreur de devenir possesseur, et par conséquent propriétaire, par l'intermédiaire de l'aliénateur ; il faudrait, ajoute-t-on, restreindre cette faculté au cas où l'aliénateur se réserverait ou se ferait consentir un droit sur la chose aliénée, et où, en vertu de ce droit, il conserverait la chose entre ses mains (D. 6. 1. *De rei. vind.* 77 ; C. 8. 54. *de don.* 28). V. en ce sens Jhering, *Du rôle de la volonté dans la possession* (trad. Meulenaère, p. 182 et s.) ; Vermond, *op. cit.*, p. 184 et suiv.

sans déplacement matériel. On a donné à cette convention le nom de constitut possessoire.

La tradition pouvait avoir eu pour objet une *res Mancipi*. Si elle avait été faite au mandataire par le *dominus*, le mandant, immédiatement, et même à son insu, commençait à usucaper (1).

Si enfin la tradition d'un *res Mancipi* ou *nec Mancipi* avait été faite au mandataire *a non domino* l'usucapion ne courait qu'à partir du jour où le mandant avait été informé de la prise de possession, attendu que l'usucapion nécessite la bonne foi et que le mandant ne peut l'être s'il n'a pas conscience de sa qualité de possesseur (2).

A l'époque classique, par suite des théories admises en matière de possession, la règle que la propriété ne pouvait être acquise *per extraneam personam* ne subsistait plus que pour les modes de pur droit civil, tels que la *mancipatio* et l'*in jure cessio*. Mais on sait que la distinction entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi* ne tarda plus alors à s'effacer ;

1. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 782.

2. D. 41. 2. *De adq. vel amitt. poss.* 49. 2 ; D. 41. 3. *De usurp. et usuc.* 47 ; C. 7. 32. *De adq. vel. retin. poss.* 1 ; Inst., 2. 9. *per quas pers. nob. adq.* 5. ; Girard, *op. cit.*, p. 298, note 3. ; V. enfin *supra*, p. 30, note 2.

elle finit enfin par tomber en désuétude, ainsi que les modes, *mancipatio* et *in jure cessio*, qui en étaient la conséquence. La tradition devint, dans le dernier état du droit, le procédé usuel de transfert de la propriété; le mandant acquérait la propriété par l'entremise de son mandataire toutes les fois qu'il l'aurait acquise en recevant lui-même la tradition. Ce n'est donc que par habitude, et en souvenir du passé, que Justinien a reproduit en matière d'acquisition de droits réels la vieille règle : *per extraneum personam nihil adquiritur*.

III

DE L'ALIÉNATION DES DROITS RÉELS

Le principe de non-représentation admis en matière d'acquisition de droits réels s'appliquait aussi en ce qui concerne l'aliénation de ces droits. On peut même dire qu'*a fortiori* la législation romaine, dans son utilitarisme, devait décider que l'on ne pouvait aliéner par l'intermédiaire d'autrui.

Les modes d'aliénation, *mancipatio* et *in jure cessio*, mettaient d'ailleurs obstacle à toute représentation, absolument comme nous l'avons vu pour l'acquisition des droits réels. Cela est certain à l'égard de l'*in jure cessio*. On pourrait soutenir au

contraire pour la mancipation, que le *mancipans*, n'ayant pas de paroles à prononcer, n'avait pas besoin d'être propriétaire et qu'il lui suffisait d'être mandataire ou tuteur. Toutefois, une telle opinion nous paraîtrait fort hasardée, car il serait tout à fait singulier que la représentation, inconnue pour l'acquisition des droits réels, fût admise pour leur aliénation.

Pour transférer la propriété par l'entremise d'un mandataire, le mandant devait primitivement lui faire passer la propriété, de même qu'il devait le rendre propriétaire du fonds servant pour l'autoriser à le grever d'une servitude (1).

La règle que nous venons d'énoncer semble avoir subi une exception en ce qui concerne les mandataires légaux, tuteurs ou curateurs, au moins à une époque très ancienne. On sait en effet que le curateur du *furiosus* pouvait aliéner les *res furiosi* (2) et

1. *Fr. vat.* 51.

2. Gaius, 2. 64. Quel mode d'aliénation devait employer le curateur ? Sauf à l'origine, où, comme nous le disons au texte, le curateur était peut-être propriétaire, la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, par suite de leur contexture, semblent inaccessibles au curateur ; peut-être faut-il décider qu'il ne pouvait se servir que de la tradition. On a dit d'ailleurs (Jhering, *Entwicklungsgeschichte d. röm. Rechts*, p. 90) qu'il n'avait pas le droit d'aliéner les *res Mancipi* du *furiosus*.

qu'il devait en être de même du tuteur à l'égard des biens du pupille (1). En réalité, il n'y a là aucune exception à la non-représentation ; les tuteurs et curateurs pouvaient aliéner parce qu'on les considérait, dans les idées anciennes, comme propriétaires, *loco domini*, du patrimoine dont ils avaient l'administration, et s'il en est ainsi, on ne saurait dire que les tuteurs ou curateurs représentaient l'incapable et qu'il y avait alors échec à la règle de la non-représentation bien que l'acte d'aliénation touchât d'une façon directe l'incapable. La propriété des tuteurs et curateurs disparut ; ceux-ci, conservèrent il est vrai le droit d'aliéner au nom de l'incapable, mais par tradition, ce qui, allons-nous voir, n'était, dans ces conditions, que la conséquence normale du mode d'aliénation employé.

Des deux correctifs que nous avons trouvé au principe de non-représentation en matière d'acquisition de droits réels, il en est un qui ne se rencontre plus pour l'aliénation, celui tenant aux règles de la puissance domestique romaine. Nous avons déjà dit en effet que les individus en puissance ne pouvaient pas appauvrir le maître, et nous avons même fait

1. Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain* (Nouv. rev. hist. de dr. franç. et étrang. 1889, p. 1 et s.).

remarquer à ce sujet que cette conception étroite enlevait une partie de son efficacité à ce même correctif au point de vue de l'acquisition des droits.

Au contraire, les théories relatives à la possession devaient amener, en ce qui concerne l'aliénation des droits réels, un résultat analogue à celui que nous avons rencontré en matière d'acquisition. De même que l'on pouvait perdre la possession *per alium*, de même on pouvait perdre la propriété *per alium* grâce à la tradition, et nous rappelons que celle-ci devint le mode normal de transfert des droits réels, ce qui réduisit à néant la vieille règle de non-représentation en tant qu'elle s'appliquait à l'aliénation des droits réels. On sait qu'il existait en droit romain un certain nombre de cas où il était possible d'aliéner la chose d'autrui. C'est ainsi notamment que les esclaves et fils de famille pouvaient aliéner lorsqu'ils agissaient conformément à la volonté de leur *pater familias* (1), que les tuteurs et curateurs avaient les mêmes pouvoirs dans certaines limites déterminées, qu'enfin le mandataire, si cela résultait de ses pouvoirs, aliénait valablement la chose du mandant (2).

1. Cette volonté peut être expresse ou résulter de la concession d'un pécule avec faculté de l'administrer librement (D. 6. 1. *De rei vind.* 41. 1 ; D. 15. 1. *de pec.* 46 ; C. 4. 26. *Quod cum eo*, 10).

2. Inst., 2. 1. *De rer. div.* 42 et 43. On peut citer encore le créancier gagiste ou hypothécaire.

Or, il convient d'observer que ces personnes ne pouvaient pas aliéner par *mancipatio* et *in jure cessio* (1), actes qui exigent le fait du propriétaire lui-même, mais devaient recourir à la tradition parce qu'alors l'acquisition de la propriété, n'étant qu'une conséquence de l'acquisition de la possession, il n'y avait point une aliénation consentie directement par un individu d'un droit réel dont il n'était pas titulaire (2). En résumé, dans l'aliénation par tradition réalisée par un tiers, on ne peut pas dire véritablement qu'il y avait représentation du propriétaire par le *tradens*, attendu que la possession est un simple fait ; la vérité est que les règles admises en matière de possession évitaient la règle de non-représentation bien plus qu'elles n'y dérogeaient.

1. M. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 760, note 2, pense néanmoins que cette règle devait fléchir à l'égard des fils de famille qui auraient pu manciper ou céder *in jure*, et des esclaves qui auraient pu manciper seulement, bien entendu avec autorisation du père ou du maître.

2. Si la tradition avait pour objet une *res Mancipi*, l'acquéreur avait besoin de l'usucaper pour devenir *dominus ex jure Quiritium* (D. 27. 10. *De cur. fur.* 7. 3). On pense même (Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 761) qu'il est possible que, primitivement au moins, l'usucapion fût nécessaire même s'il s'agissait d'une *res nec Mancipi*, celui qui aliénait au nom d'autrui ne pouvant jamais fournir à l'acquéreur qu'une *justa causa possidendi* (C. 5. 37. *de adm. tut.* 16).

CHAPITRE II

De la représentation en matière personnelle.

I

LE PRINCIPE

En droit romain, l'obligation, par suite de son caractère intimement personnel, ne produisait effet qu'entre les parties contractantes, au profit du créancier, à la charge du débiteur. Cela conduisait à écarter deux sortes de combinaisons : en premier lieu, les stipulations et promesses pour autrui, par lesquelles on viserait à faire se réaliser un effet déterminé d'un contrat en la personne de parties qui n'auraient pas figuré à ce contrat ; en second lieu, la représentation, d'après laquelle ce contrat serait fictivement réputé conclu par d'autres personnes que celles qui y auraient pris part en réalité. On voit par les définitions que nous venons de donner que les deux situations, si

elles se ressemblent, ne sont pas identiques (1), et il faut se garder de prendre l'une pour l'autre. On s'y méprend quelquefois, car les deux théories sont voisines, et l'on est enclin à confondre les exceptions que les Romains ont apportées à chacune d'elles. D'ailleurs nous aurons occasion de le constater plus loin, car nous n'avons à nous occuper ici que de la non-représentation et des atténuations qui y ont été successivement apportées. Bornons-nous à faire remarquer que si le système des stipulations et promesses pour autrui est autre que celui de la représentation, il a du moins, par une voie différente, grâce aux exceptions qu'il a subies, contribué au même résultat que celui poursuivi par le système de la représentation, à savoir déroger au principe qui ne fait produire d'effet aux contrats qu'entre les parties agissantes.

Si la nature même de l'obligation explique à elle seule son caractère tout personnel, il faut néanmoins reconnaître que le formalisme qui présidait à la création des obligations conventionnelles, les seules que nous voulons étudier, s'harmonisait avec la règle de

1. La preuve en est dans le droit français qui admet la représentation et qui prohibe (C. civ., art. 1190 et s.) les stipulations et promesses pour autrui.

la non-représentation et venait la corroborer (1). La stipulation, pour ne parler que de la forme de contracter la plus usuelle chez les Romains, supposait, en ses termes, que le contrat devait uniquement réaliser ses effets en la personne de ceux qui y prenaient part. Mais le formalisme devait aller déclinant ; un nombre toujours croissant de conventions fut soustrait aux exigences de la solennité ; nous ne voulons citer que les contrats consensuels qui nous rapprochent en effet de la conception moderne normale de la formation des obligations. Arrivé à cette période, le droit romain cependant n'abandonna pas l'antique principe exclusif de représentation, preuve qu'il ne dérivait pas nécessairement du formalisme. Sans doute la vente ne se concluait plus à l'aide de deux stipulations et était parfaite *solo consensu*, mais elle continuait pourtant à ne produire d'effet qu'entre les contractants. Bien plus, la disparition du formalisme, à notre avis (2), n'eut pas, en matière personnelle, une influence aussi considérable qu'en matière réelle. On a vu en effet, qu'à l'égard des droits réels, les modes non formels per-

1. Il en fut d'ailleurs de même de la règle voisine prohibant les stipulations et promesses pour autrui.

2. Nous retrouverons *infra* la théorie contraire de M. de Savigny.

mirent d'éviter la règle de la non-représentation. Cela tenait à ce qu'ils consistaient en un procédé de fait. Or le fait, sauf exception pour le *mutuum* au moins, ne pouvait jouer de rôle important en matière personnelle en ce qui concerne la formation des obligations, et cela explique que les modes non formels ne permirent pas, en principe, d'éviter l'application de la règle de la non-représentation, et qu'il fallut alors s'ingénier à la paralyser ; de là tout un système juridique qui n'a pas d'analogue en matière réelle.

Si nous passons maintenant aux conséquences de la règle exclusive de la représentation, nous dirons que le Romain qui voulait, par l'intermédiaire d'un tiers, être partie active ou passive dans une obligation, ne pouvait devenir bénéficiaire ou sujet du droit créé par le fait de ce tiers mandataire qu'après que celui-ci lui avait transporté le bénéfice ou la charge de l'opération par lui réalisée (1). Il convient d'ailleurs de faire ici une distinction. Pour le droit de créance, qui n'est pas cessible, mais dont l'exercice et l'émolument peut passer à autrui, le mandataire retransférait au mandant, par une *procuratio in rem procuratoris*, l'exercice du droit qui venait de se

1. D. 17. 1. *Mandati*, 45 pr.

fixer en sa personne (1). La dette contractée, c'est-à-dire l'obligation au point de vue passif, n'était pas davantage cessible ; comme le mandant devait néanmoins *suscipere obligationem* puisque l'acte avait été passé conformément à sa volonté, le mandant devait, soit se laisser déléguer au créancier si celui-ci consentait à faire novation, soit intervenir au procès comme *procurator in rem suam* avec *satisfactio iudicatum solvi* (2). Si, pour une cause ou pour une autre, le transfert de l'opération au mandant ne s'effectuait pas, le mandataire restait seul partie au contrat ; spécialement, si le mandant refusait *de suscipere obligationem*, parce que le mandataire avait excédé les limites de son mandat, le contrat intervenu entre le mandataire et le tiers n'en conservait pas moins toute sa force (3).

Le principe de la non-représentation en matière de création d'obligations conventionnelles, tel que nous venons de l'énoncer, devait subir de graves atteintes par suite des nécessités de la pratique. Elles se manifestèrent d'abord dans le cercle de l'organisation familiale, pour s'étendre ensuite aux

1. D. 17. 1. *Mandati*, 8. 10.

2. D. 17. 1. *Mandati*, 45. 2.

3. Paul, *Sent.* 2. 15. *de mand.* 3.

personnes étrangères à la famille. Nous allons étudier l'une après l'autre, ces deux séries de dérogations. Il nous restera alors à examiner la question de savoir si, dans quelques hypothèses spéciales, le droit romain n'a pas abandonné complètement le système exclusif de la représentation. Nous terminerons enfin par l'extinction des obligations envisagée au point de vue de la représentation.

II

DE LA REPRÉSENTATION PAR LES *alieni juris*

Une règle, que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer, domine la matière, c'est que le *pater familias* romain pouvait bien, par l'intermédiaire des personnes qu'il avait sous sa puissance, spécialement ses fils et ses esclaves, rendre sa condition meilleure, mais était impuissant à la rendre pire. C'est ce qu'exprime Gaius à propos des esclaves : « *melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest* » (1). En ce qui concerne la formation des obligations conventionnelles, la règle aboutissait à dire que l'on pouvait devenir créancier, mais non débiteur par l'entremise de ses fils ou de ses esclaves.

1. D. 50. 17. *de reg. jur.* 133.

Nous allons examiner successivement ces deux faces de la question.

§ 1.

A toute époque, la législation romaine a admis que le *paterfamilias* pouvait devenir créancier par l'intermédiaire des *alieni juris* placés sous sa puissance. L'acquisition de la créance ne dépendait pas de sa volonté, en ce sens que, *infans* ou *furiosus*, il n'en devenait pas moins créancier, que, d'autre part, il devenait créancier alors même qu'il ignorait le contrat passé, où avait interdit à son fils ou à son esclave de contracter (1). Elle ne dépendait pas non plus de la formule employée, en ce que, quelle que fut cette formule, que le stipulant ait stipulé pour lui-même ou pour le *dominus*, c'était toujours celui-ci qui devenait créancier (2). Enfin, il devenait encore créancier quel que fut le mode créateur de la créance, solennel ou non ; il n'existe d'exception à cet égard que pour le contrat *litteris* (3).

1. D. 45. 1, *de verb. obl.* 62.

2. Inst. 3. 17. *de stip. serv.* 1. Le paragraphe 2 du même titre des Institutes ne renferme pas une dérogation à ce principe, car c'est au maître qu'appartenait l'action pour faire respecter le contrat.

3. Cic. *pro Cælio*, 7.

Parlons d'abord des esclaves.

L'esclave, conformément aux principes que nous venons d'exposer, acquérait à son maître, mais à condition que celui-ci fût capable puisqu'il devait lui emprunter sa capacité, sinon la stipulation était inutile (1). D'ailleurs l'esclave ne jouait pas un rôle purement mécanique; c'était lui, et non son maître, qui était réputé contracter, aussi était-ce à la volonté de l'esclave que l'on s'en rapportait pour éclairer le sens douteux du contrat (2). Notons enfin que c'était au maître qu'avait l'esclave au jour de la stipulation que le bénéfice de celle-ci était acquis alors même que la stipulation eut été conditionnelle (3).

Tel était le sort des acquisitions réalisées par un esclave appartenant *ex jure Quiritium* en pleine propriété à un seul maître. Des hypothèses analogues à celles que nous avons examinées en matière de droits réels pouvaient enfin se rencontrer pour les droits de créance, c'est-à-dire qu'il pouvait arriver que l'esclave appartint à plusieurs maîtres, qu'il fut l'objet d'une propriété bonitaire pour l'un, quiritaire

1. *Servus ex persona domini jus stipulandi habet* (Inst. 3. 17. de stip. serv. pr.).

2 D. 18 1. de contr. emp. 12.

3. D. 45. 1. de verb. obl. 78 pr. V. aussi D. 45. 3. de stip. serv. 18. 2.

pour l'autre, sujet à un droit d'usufruit ou d'usage, qu'il appartint à autrui, ou même fut un homme libre possédé de bonne foi comme esclave (1). Toutes ces situations, en principe, se règlent, *mutatis mutandis*, comme nous l'avons vu à l'égard des droits réels ; nous nous contenterons donc d'y renvoyer.

Qu'en était-il de l'acquisition des créances par les enfants en puissance ? les règles furent longtemps les mêmes que pour les esclaves, en ce sens qu'ils acquéraient toujours à leur *paterfamilias*, avec cette différence toutefois qu'on ne pouvait rencontrer ici les diverses situations que nous venons de signaler à propos des esclaves, la puissance paternelle n'étant susceptible ni de division ni de démembrement. Mais l'introduction des pécules *castrense* et *quasi-castrense* leur permit d'acquérir des créances pour eux-mêmes lorsqu'ils faisaient une stipulation se rattachant à la gestion de ces pécules. Le développement des *bona adventitia* enfin, restreignit considérablement le champ d'application de la règle primitive en ne lui laissant plus régir que les stipulations ayant leur source *ex re patris*. Justinien, dans ses Institutes, a fait allusion à cette transformation (2).

1. Inst. 3. 17. *de stip. serv.* 3 ; 3. 28, *per quas pers. nobl. obl. adq.* 1. 2 et 3.

2. Inst. 3. 28. *per quas pers. nobl. obl. adq. pr.*

En définitive, on ne saurait dire, comme nous l'avons fait remarquer ailleurs, qu'il y avait véritablement représentation au point de vue actif en matière d'obligations, puisque les résultats auxquels on aboutissait n'étaient que la conséquence nécessaire des principes de droit commun relatifs à la puissance domestique.

§ 2.

Nous avons exposé dans les pages qui précèdent, le principe de la non-représentation en matière personnelle avec le correctif que le droit civil lui avait de tout temps apporté touchant l'acquisition des droits de créance. La législation romaine n'en devait pas rester à un système aussi imparfait au point de vue pratique. Ce fut le préteur qui réalisa la réforme. Il permit, sous certaines conditions, aux fils et aux esclaves d'obliger leur *paterfamilias* en organisant contre celui-ci des actions indirectes appelées par les commentateurs *actiones adjectitiæ qualitatis* (1). Il convient d'ailleurs de noter, dès

1. Nous ne parlerons ici que des obligations conventionnelles, laissant de côté les obligations délictuelles qui rejailissent sur le père ou le maître, mais en vertu d'une idée bien différente de celle qui inspirait le préteur dans ses réformes, les actions noxales partant en effet de l'idée de vengeance privée.

maintenant, la marche de l'évolution. A l'origine, les personnes en puissance permettaient, dans une certaine mesure, de pallier les inconvénients de la règle exclusive de représentation ; le prêteur se borna d'abord à donner, sous une forme spéciale, une étendue plus considérable à ce correctif primitif ; plus tard enfin, le système fut étendu aux *extraneæ personæ*. Arrivé à cette dernière étape, le principe de la non-représentation subsistait sans doute, mais ses conséquences rigoureuses en étaient si largement atténuées qu'on n'en ressentait pour ainsi dire plus les inconvénients.

Si nous recherchons la raison d'être de l'innovation prétorienne, nous constaterons que la règle du droit civil qui ne permettait aux personnes en puissance que de rendre créancier leur *paterfamilias*, favorable en apparence à la famille, pouvait en réalité lui être nuisible. Il peut en effet être avantageux de contracter une dette, d'emprunter de l'argent pour faire un achat de marchandises et spéculer ; or, le chef de famille ne pouvait faire ces actes par l'intermédiaire des individus qu'il avait en sa puissance ; les contrats bi-latéraux, qui sont les plus fréquents, étaient rendus impossibles, attendu que personne n'aurait consenti à traiter avec un individu en puissance vu les résultats juridiques inadmissibles

de l'acte qu'il aurait passé (1). Le préteur comprit que les *alieni juris* ne seraient vraiment utiles à la famille qu'autant qu'ils pourraient faire tout ce que le *paterfamilias* pouvait faire personnellement. D'ailleurs, le commerce s'était développé; les riches citoyens désiraient faire fructifier leurs capitaux en se livrant, par l'intermédiaire de leurs esclaves spécialement, à des entreprises commerciales, mais pour cela il fallait inspirer confiance aux tiers, et, par conséquent, permettre à ces esclaves d'obliger le maître. C'est ce que le préteur autorisa, en organisant, vers la fin de la République, un certain nombre d'actions contre les chefs de famille à raison des contrats passés par leurs fils ou leurs esclaves (2).

1. Le *paterfamilias* devenant créancier, et non débiteur, l'acte en effet aurait été boiteux. Il est vrai que l'on pouvait corriger cet inconvénient par des fidéjussions, qui du reste étaient assez pratiquées dans cette hypothèse, mais cet expédient corrigeait d'une façon imparfaite l'inconvénient provenant de la séparation des effets du contrat. Le père de famille qui exerçait son action était sans doute tenu de compenser avec sa créance la dette corrélatrice née du même contrat, néanmoins, selon les règles du droit civil, le tiers créancier et débiteur en vertu d'un contrat bi-latéral était à la discrétion du père de famille : il ne pouvait se prévaloir de sa créance que s'il était attaqué comme débiteur. Le contrat s'exécutait ou ne s'exécutait pas au gré du chef de famille du contractant *alieni juris* (Labbé, *op. et loc. cit.* p. 875).

2. Remarquons que le *paterfamilias* ne pouvait jamais se

Mais dans cette voie allait-on permettre aux personnes en puissance d'obliger *in infinitum*, le chef de famille? cela pouvait être dangereux et de nature à faire hésiter celui-ci; aussi le préteur, dans son édit, organisa-t-il deux espèces de combinaisons. Nous allons examiner successivement les actions qui en font partie, non dans tous leurs détails techniques, ce qui serait inutile, mais seulement dans la mesure qu'il convient pour montrer le rôle qu'elles remplissaient en matière de représentation.

Dans une première combinaison, le chef de famille était obligé *in solidum* par les contrats que ses esclaves, pour ne parler d'abord que de ceux-ci, passaient avec les tiers (1). Cette combinaison comprenait les actions *quod jussu*, *exercitoria* et *institoria*.

Lorsqu'un maître voulait se servir de son esclave pour conclure un marché, acheter à crédit, etc., il munissait cet esclave d'un *jussum* porté à la connaissance du tiers qui se proposait de contracter avec son esclave, et cela pour déterminer ce tiers. Quand l'esclave avait contracté, c'était avec le

prévaloir à l'encontre des tiers des actions *adjectitiæ qualitatis*.

1. V. des exemples de cette première combinaison dans les *Textes de droit romain* de M. Girard, p. 739 et 764. V. aussi D. 14. 3. de *instit. act.* 13 pr.

maître que le tiers était censé avoir traité (1) ; par conséquent, si le maître, auquel on avait par exemple vendu à crédit, ne voulait pas volontairement payer, le prêteur donnait contre lui l'*actio venditi* ; comme les règles du droit civil s'opposaient à ce qu'on délivrât cette action dans les termes ordinaires puisque, *jure civili*, le maître n'était pas obligé, le prêteur y introduisait une *adjectio* où il était dit que l'opération avait été conclue *jussu domini* ; d'où la qualification d'*actio adjectitiæ qualitatis* donnée à cette action *venditi* ainsi transformée, laquelle portait spécialement le nom d'*actio quod jussu* des premiers mots de l'édit et de la formule. Il va sans dire qu'une transformation analogue pouvait se faire à l'égard des contrats autres que la vente (2). Le *jussum*, qui constituait la base de l'action prétorienne, n'était pas, comme son nom semblerait l'indiquer, un ordre adressé à l'esclave. Le *jussum*, en effet, était adressé autant et plus au tiers qu'à l'esclave, et le maître n'avait pas d'ordre à donner à ce tiers. D'ailleurs, le maître n'entendait pas raisonnablement obliger son esclave à contracter à tout prix, mais voulait lui laisser la liberté de discuter les

1. D. 15. 4. *quod jussu*, 1 pr.

2. Gaius. 4. 70 ; Inst. 4. 7, *quod cum eo*, 1. L'*actio quod jussu* était déjà connue par Labéon (D. 15. 4. *quod jussu*, 1. 9).

clauses du contrat. En réalité, le *jussum* était, de la part du maître, la déclaration qu'il entendait prendre l'opération à son compte (1). Au reste, le *jussum* n'était soumis à aucune forme, il pouvait être spécial ou général (2), intervenir avant ou après le contrat (3). La délivrance de l'action *quod jussu* n'était subordonnée qu'à deux conditions, d'abord que le *jussum* émanât d'une personne compétente pour le donner, c'est-à-dire en général d'un individu propriétaire de l'esclave et capable de s'obliger (4), ensuite que l'esclave se renfermât dans les limites du *jussum* (5).

Il arriva un jour où l'Italie ne put suffire à nourrir ses habitants ; les riches Romains équipèrent alors des navires pour fournir à l'approvisionnement de Rome ; ils se firent armateurs, *exercitores*, et placèrent à la tête de leurs navires, des esclaves en qualité de capitaines, *magistri navium* (6). Dans le

1. Girard, *op. cit.* p. 651, note 3.

2. D. 15. 4. *quod jussu*, 1. 1. 3. 4.

3. D. 15. 4. *quod jussu*, 1. 6.

4. D. 15. 4. *quod jussu*, 1. 7 ; 2. 2. On assimila au propriétaire, l'usufruitier et le possesseur de bonne foi, et l'on admit aussi que le *jussum* d'un tuteur, d'un curateur ou de tout autre représentant lie la personne représentée (D. 15. 4. *quod jussu*, 1. 8 et 9 ; 2 pr. ; 4) :

5. D. 15. 4. *quod jussu*, 1. 6.

6. On sait en effet que le mépris des Romains pour le com-

cours de ses voyages, le capitaine devait évidemment, pour remplir sa mission, contracter, par la force des choses, certaines dettes ; le prêteur, considérant ces obligations comme conclues d'ordre du maître, par une espèce de *jussum* général, déclara que les dettes ainsi contractées par l'esclave étaient dettes du maître, et il offrit contre celui-ci l'action née du contrat passé par le préposé, mais en la modifiant comme dans l'hypothèse précédente, et cette action ainsi modifiée reçut le nom d'*actio exercitoria* (1).

Restait, pour compléter la réforme, à faire pour le commerce terrestre ce qui avait été fait pour le commerce maritime. Les marchandises amenées à Rome étaient vendues dans des *tabernæ* à la tête desquelles on plaçait encore des esclaves, *institores*. Ces esclaves étaient naturellement dans la nécessité de s'obliger pour remplir leur mission, et le prêteur, comme dans l'hypothèse précédente, décida que ces obligations engageraient le maître contre lequel pourrait être dirigée l'action née du contrat passé par

merce empêchait les gens de condition de s'y livrer ostensiblement.

1. Gaius, 4 71 ; Inst. 4. 7. *Quod cum eo*, 2. L'*actio exercitoria* était déjà connue du jurisconsulte Ofilius (D. 14. 1. *De exerc. act.* 1. 9).

l'esclave, action modifiée qui était qualifiée d'*actio institutoria*, du nom, cette fois, du préposé et non du préposant (1).

La délivrance des actions *exercitoria* et *institoria* était subordonnée à la condition que le préposé ait été régulièrement investi de ses fonctions (2), c'est-à-dire par une personne ayant qualité à cet effet, et à cette autre condition que le préposé ait contracté en vue et dans l'intérêt de l'exploitation qui lui était confiée, sans excéder ses pouvoirs (3). Fallait-il en outre, comme dans l'*actio quod jussu*, que le tiers ait su, en contractant, qu'il traitait avec un esclave agissant pour le compte de son maître ? la question

1. Gaius, 4, 71. Inst. 4. 7. *Quod cum eo*, 2. L'*actio institutoria* était déjà connue du jurisconsulte Ser. Sulpicius (D. 14. 3. *de instit. act.* 5. 1).

2. Il fallait évidemment que ses fonctions n'eussent pas pris fin lors du contrat. Elles prenaient fin par la révocation émanée du maître, mais cette révocation ne pouvait être opposée aux tiers qui traitaient de bonne foi avec l'esclave qu'autant qu'elle avait été rendue publique, spécialement par affiches (D. 14. 3. *de instit. act.* 11. 2-4). Quant à la mort du préposant, elle ne mettait pas obstacle à ce que les tiers qui contractaient avec l'esclave, dans l'ignorance du décès du maître, n'eussent une action contre l'héritier, alors même qu'il n'avait pas fait *aditio hereditatis* (D. 14. 3. *de instit. act.* 5. 17 ; 17. 2-3).

3. D. 14. 1. *de exercit. act.* 1. 7 et 14 ; D. 14. 3. *de instit. act.* 5. 11).

est assez obscure, et elle est controversée entre les interprètes du droit romain. Il paraît certain que le préposé n'avait pas à dire qu'il voulait rendre débiteur le préposant, mais il ne faut pas conclure que l'on délivrait l'action par cela seul qu'il y avait préposition (1), et il semble plus exact d'admettre que le préposant n'était tenu que lorsque le tiers avait su, en contractant, traiter avec un esclave agissant pour son maître (2). D'ailleurs, et c'est une différence entre nos deux dernières actions, tandis que le *magister navis*, à l'insu, et même malgré la défense de l'*exercitor*, pouvait se substituer un individu pour une opération déterminée, ou même un ensemble d'opérations, et par là obliger l'*exercitor*, au contraire, l'*institor* ne pouvait se substituer quelqu'un que du consentement de son maître, et sinon il n'y avait pas lieu à l'*actio institoria* (3).

Les trois actions que nous venons de passer en

1. Schlossmann, *Das Kontrahiren mit offener Vollmacht*.

2. Girard, *op. cit.* p. 652, note 1.

3. D. 14. 1. *de exerc. act.* 1. 5. 19 et 20. On peut expliquer cette différence en faisant remarquer que dans les opérations de commerce maritime, le maître était fort éloigné du lieu où elles se traitaient, tandis qu'il n'en était pas généralement ainsi pour les opérations de commerce terrestre, et la nécessité, dans cette dernière hypothèse, de se substituer un autre *institor*, n'avait en conséquence jamais rien de bien pressant.

revue se ressemblent en ce qu'elles avaient pour base la volonté du chef de famille, volonté formelle et explicite dans l'*actio quod jussu*, volonté implicite résultant de l'autorisation donnée de faire un commerce maritime ou terrestre dans les actions *exercitoria* et *institoria*. En conséquence de cette volonté, nos actions compétaient contre le maître *in solidum* et *in perpetuum*, autrement dit pour l'intégralité de la dette et à un moment quelconque (1).

Cette obligation *in solidum* qui pesait ainsi sur les maîtres du chef de leurs esclaves était très périlleuse ; il fallait que les maîtres eussent une confiance bien grande dans l'habileté de leurs esclaves pour en faire leurs préposés, puisque ceux-ci pouvaient les ruiner par leurs opérations malheureuses (2).

1. Inst. 4. 7. *Quod cum eo*, 2. S'il y avait plusieurs préposés, chacun d'eux pouvait être poursuivi *in solidum* par le tiers qui avait contracté avec l'esclave (D. 14. 1. *de exercit. act.* 1. 25 ; 2). Une des raisons de cette solution semble être que l'*exercitor* poursuivi, ayant un recours contre les autres *exercitores*, n'avait en conséquence rien à craindre ; cela expliquerait ce fait que si le recours (*actio pro socio* ou *communi dividundo*) vient à manquer, l'*actio exercitoria* se divisait proportionnellement à la part de chacun dans l'exploitation commerciale (D. 14. 3. *de instit. act.* 14).

2. Il convient d'ailleurs de faire observer qu'à ce péril correspondait l'avantage pour le maître de garder tous les bénéfices de l'opération.

Dès lors n'était-il pas avantageux, à bien des égards, de permettre aux esclaves d'obliger seulement leurs maîtres dans une certaine mesure, d'autoriser ceux-ci à se faire simplement des espèces de commanditaires comme nous dirions en langage moderne ? D'autre part, les trois actions *in solidum* n'apportaient encore qu'un remède insuffisant à la situation à laquelle on avait voulu parer. Il se pouvait, en effet, qu'un contrat passé par l'esclave eut profité au maître en dehors des hypothèses que prévoyaient nos actions ; allait-on permettre au *dominus* de s'enrichir aux dépens d'autrui ? Eut-il été juste que les valeurs du pécule de l'esclave profitassent au maître et fussent soustraites aux poursuites de ceux qui avaient traité avec l'esclave ? C'est pour répondre à ces aspirations que le prêteur imagina une deuxième catégorie d'actions *adjectitiæ qualitatis*, les actions *de peculio*, *de in rem verso* et *tributoria* que nous allons maintenant examiner.

Lorsqu'un esclave, possédant un pécule, avait, dans l'administration de celui-ci, fait de mauvaises affaires, que son passif était supérieur à son actif, il fallait, de toute nécessité, pour payer ses créanciers, procéder à la liquidation du pécule qui constituait le gage des créanciers ; ceux-ci ne pouvaient intention de poursuites contre l'esclave, aussi avait-on con-

sidéré le maître, vu l'existence du pécule, comme ayant pris à sa charge toutes les obligations souscrites par un esclave dans l'administration de ce pécule (1), et l'on avait permis de délivrer contre lui l'action née du contrat passé avec l'esclave, mais sous la forme *de peculio* (2). D'ailleurs, le maître était obligé sans tenir compte de la nature et du but du contrat, et même à son insu (3). L'action délivrée contre le maître comprenait deux chefs de condamnation (4), c'est-à-dire que la formule indiquait au juge deux points de vue où il devait successivement se placer pour apprécier la possibilité d'une condamnation et en fixer le chiffre. En premier lieu le juge devait rechercher si l'obligation contractée n'avait pas profité au maître, c'est ce qu'on appelle *l'in rem domini versum*. Si le maître n'avait retiré aucun profit du contrat passé, ou seulement un profit inférieur au montant de l'obligation,

1. Le pouvoir pour l'esclave d'obliger son pécule, et par là son maître, était tellement essentiel qu'il subsistait nonobstant toute défense et ne cessait que par le retrait du pécule (D. 15. 1. *de pecul.* 29. 1 ; 47 pr.).

2. Inst. 4. 7. *Quod cum eo*, 4. Cette action était connue de Servius, (D. 15. 1. *de pecul.* 17).

3. *Etiam si prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio* (D. 15. 1. *de pecul.* 29. 1). V. aussi D. 15. 1. *de pecul.* 47 pr.

4. Inst. 4. 7. *Quod cum eo*, 4.

le juge devait alors examiner si le pécule ne contenait pas de quoi fournir ou compléter la somme due, le maître n'étant tenu que *intra vires peculii* (1). L'action *de peculio* comprenait donc l'action *de in rem verso* (2), et c'est à tort qu'on a voulu séparer ces deux actions. En réalité, quand un esclave avait contracté, on délivrait contre le maître l'action du contrat sous la forme *de peculio* et *de in rem verso*, et cette action était possible même quand il n'y avait rien dans le pécule (3), ou qu'il n'y avait pas de pécule (4).

La liquidation du pécule de l'esclave présentait une particularité fort dangereuse pour les créanciers du pécule ; ceux-ci, en effet, n'étaient pas soumis à la loi du concours si l'esclave venait à faire faillite, comme nous dirions aujourd'hui. Le maître payait les créanciers dans l'ordre où ils avaient obtenu contre lui un jugement de condamnation (5), c'est

1. D'ailleurs l'obligation du maître n'était pas limitée à la consistance actuelle du pécule ; si celui-ci était insuffisant à désintéresser les créanciers, mais venait plus tard à s'enrichir de nouvelles acquisitions, les créanciers pouvaient agir à nouveau (D. 15. 1. *de pecul.* 30. 4).

2. *Eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur* (Gaius 4. 74 a).

3. D. 15. 1. *de pecul.* 30 pr.

4. Girard, *op. cit.* p. 653.

5. *In actione de peculio occupantis melior est conditio ; occupare*

dire que le paiement était le prix de la course, situation analogue d'ailleurs à celle de l'héritier bénéficiaire en droit français aux termes de l'article 808 du Code civil. Bien plus, le maître pouvait être créancier, naturel sans doute, mais néanmoins créancier du pécule, et la législation romaine autorisait ce maître à déduire du pécule, avant tout paiement, ses créances personnelles (1), ce qui permettait quelquefois au maître d'absorber l'actif en totalité. Un pareil procédé de liquidation était de nature à enlever toute confiance aux tiers, et à les détourner de traiter avec l'esclave. Le prêteur le comprit et y apporta une amélioration, mais seulement dans un cas particulier. Lorsqu'un esclave, à la connaissance de son maître, se livrait au commerce avec tout ou partie de son pécule et tombait en déconfiture, le maître devait faire, entre les créanciers, une *tributio* de la partie de pécule affectée au commerce ou en provenant (2), une distribution par contribution

autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit (D. 15. 1. *de pecul.* 10). V. cep. une exception en faveur des créanciers privilégiés. D. 15. 1. *de pecul.* 52 ; D. 24. 3. *sol. matr.* 22. 13.

1. Inst. 4. 7 *quod cum eo*, 4 c ; Ulpien donne pour raison que *prævenisse dominus et cum servo suo egisse creditur* (D. 15. 1. *de pecul.* 9. 2).

2. L'action *de peculio*, au contraire, avait pour objet tout le pécule (Inst. 4. 7. *quod cum eo*, 5).

dirait-on en langage moderne (1). Le maître opérait la répartition entre les créanciers au prorata de leurs créances sans avoir le droit de se payer par préférence, ne touchant, comme tous les créanciers, qu'un dividende. Si un créancier trouvait la répartition injuste, il pouvait poursuivre le maître à fin de rectification de la *tributio* (2), et l'action qui lui était donnée à cet effet portait le nom d'*actio tributoria* (3).

Le second groupe d'actions *adjectitiæ qualitatis* que nous venons d'étudier se différencie, comme nous l'avons vu, des actions du premier groupe par ce fait que le maître n'est tenu que dans une certaine mesure des obligations passées par son esclave ; faut-il ajouter une autre différence relative à la durée des actions ? L'*actio tributoria* est perpétuelle (4), et

1. *Non enim hæc actio sicut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium* (D. 14. 4. de tribut. act. 6).

2. D. 14. 4. de tribut. act. 7. 2-4. Si l'action était délivrée contre le maître dans la limite du dividende qu'aurait dû recevoir le créancier, elle n'était accordée contre l'héritier du maître que dans la limite de son enrichissement (D. 14. 4. de tribut. act. 7. 5).

3. Gaius, 4. 72 ; Inst. 4. 7. quod cum eo, 3. L'action *tributoria* était connue de Labéon (D. 14. 4. de tribut. act. 7. 4 ; 9. 2). V. sur cette action, A. Desjardins (*Rev. hist. de dr. franc. et étrang.* 1867, p. 417 et s.).

4. D. 14. 4. de tribut. act. 7. 5.

il en est de même de l'*actio de peculio* et de *in rem verso* quant au chef de l'*in rem versum* (1). Quant à l'action visant le pécule lui-même, elle dure tant que le pécule existe, mais s'éteint par l'expiration d'une année utile à partir du jour où le pécule cesse d'exister sans fraude de la part du maître, par exemple par l'affranchissement, l'aliénation ou la mort de l'esclave (2).

Les différences qui séparaient les deux combinaisons prétoriennes étant de telle importance, il reste à se demander comment, en pratique, les tiers qui contractaient avec un esclave étaient informés de la situation. Comment distinguait-on l'esclave *institor* de l'esclave faisant un commerce identique avec son pécule ? D'ailleurs le maître ne pouvait-il pas enlever à son esclave sa qualité d'*institor* tout en lui laissant continuer le commerce avec son pécule ? Les textes ne nous renseignent guère à ce sujet ; c'était-là, à vrai dire, une matière de fait ; les habitudes romaines devaient avoir introduit des procédés permettant aux tiers d'être édifiés, à l'aide d'inscriptions par exemple (3), par la seule inspection extérieure de la situation.

1. D. 15. 3. *de in rem verso*, 1. 1.

2. D. 15. 2. *quando de pecul.* 1 pr. ; 1-4.

3. D. 15. 1. *de pecul.* 47.

Non seulement les tiers qui contractaient avec un esclave pouvaient avoir une action contre le maître dans une des formes que nous avons indiquées, mais plusieurs de ces actions pouvaient quelquefois leur compéter. Dans ce cas le tiers n'avait pas, en règle générale, le droit de les cumuler, car l'action *de in rem verso* était la seule qui survécût à l'exercice de l'une des autres actions *adjectivæ qualitatis* et qui ne les éteignit pas (1). Ne pouvant les cumuler, le tiers devait choisir la plus avantageuse. Evidemment, il préférerait toujours l'action *in solidum* à celle qui ne lui assurait pas une condamnation intégrale (2) ; quant au choix qu'il convenait de faire entre les actions *de peculio* et *tributoria* cela dépendait uniquement des circonstances (3).

Après avoir exposé la théorie des actions *adjectivæ qualitatis*, Justinien, dans ses Institutes, y ajoute

1. D. 14. 4. *de tribut. act.* 9. 1 ; D. 14. 5. *Quod cum eo*, 4. 5 ; D. 15. 3. *de in rem verso*, 1. 2.

2. C'est ainsi que celui qui avait les actions *quod jussu*, *exercitoria* et *institoria* pouvait, à la place, intenter l'action *de peculio* et *de in rem verso* (Inst. 4. 7. *quod cum eo*, 5) mais il n'y avait aucun intérêt ; il en est de même de celui qui avait l'*actio tributoria*. Remarquons d'ailleurs que l'*actio tributoria* ne pouvait pas concourir avec les actions *exercitoria* et *institoria* à raison du caractère spécial de l'hypothèse où on la donnait.

3. V. *suprà*, p. 83, texte et note 2.

une remarque qui n'a pas laissé que d'embarrasser sérieusement les commentateurs. Il nous dit en effet que tout créancier peut, au lieu des actions *quod jussu, exercitoria, institoria* et *de in rem verso*, exercer contre le maître une *condictio* directe (1), or, s'il en est ainsi, comment s'expliquer l'utilité des actions prétoriennes? pourquoi avoir créé des actions destinées à tourner, du côté passif, la règle prohibitive de la représentation, si le droit civil suffisait déjà à y remédier? à cet égard, les explications sont nombreuses, ce qui implique qu'elles ne sont aucunes pleinement satisfaisantes (2). La *condictio* résultant de l'*in rem versum* se comprend assez aisément; elle paraît être l'application de la théorie qui faisait dériver une *condictio* de tout enrichissement

1. Inst. 4. 7. *Quod cum eo*, 8. V. aussi D. 14. 3. *de instit. act.* 17. 4. 5.

2. Consultez Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. II, p. 728 et s.; Ortolan, *Explic. hist. des Instituts*, t. II, p. 688 et s.; Appleton, *Res. du cours de dr. rom.*, t. II, p. 127; Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1041 et 1042; Girard, *op. cit.*, p. 655, note 5. Mentionnons spécialement l'opinion de M. de Savigny qui enseigne (*Le droit des obligations*, § 54, *in fine*) que la *condictio* n'était donnée contre le chef de famille que dans le cas où le fils ou l'esclave avait reçu un *mutuum* avec son consentement ou dans son intérêt, hypothèse que nous retrouverons d'ailleurs plus loin. V. aussi de Savigny, *System*, t. V, app. XIV, n° 23.

sans cause. Mais la *condictio* parallèle aux actions *quod jussu, exercitoria* et *institoria* fait beaucoup plus de difficulté. Nous dirons, avec les Institutes, que le droit romain donnant pour base à ces actions la volonté du maître, directe ou indirecte, le contrat était réputé avoir été passé par le maître lui-même, et nous en tirerons la conséquence que l'on devait faire, en notre matière, application de la théorie qui permettait à tout créancier d'exercer une *condictio certi* au lieu de l'action née du contrat (1). D'ailleurs, la *condictio* n'aboutissait pas aux mêmes résultats que les actions prétorienes, et spécialement elle ne pouvait produire les effets bilatéraux, et de bonne foi de ces dernières, ce qui leur laissait leur utilité.

Nous n'avons jusqu'ici envisagé la théorie des actions *adjectitiæ qualitatis* qu'en raisonnant sur les esclaves ; s'appliquait-elle de la même façon aux fils de famille ? cela n'est pas douteux en principe (2). Néanmoins, il convient de relever quelques différences entre les deux situations. 1^o Tandis que celui qui contractait avec un esclave ou une personne *in mancipio* obligeait le maître *jure pretorio*, et seulement *jure naturali* l'esclave ou l'individu *in man-*

1. D. 12. 1. *de reb. cred.* 9 pr.

2. Inst., 4. 7. *quod cum eo*, 6.

cipio, au contraire le tiers qui contractait avec un fils de famille acquérait, outre l'obligation prétorienne vis-à-vis du maître, une obligation civile contre le fils de famille (1), et il avait ainsi le choix entre deux débiteurs (2). 2° L'esclave, qui s'engageait par mandat ou *fidejussio* pour une autre personne que son maître, n'obligeait point celui-ci, alors que le *paterfamilias* était tenu de *peculio* de l'engagement contracté pour autrui par son fils (3). 3° Lorsque le fils de famille s'était obligé à l'occasion de ses pécules castrense ou quasi-castrense, le tiers n'avait d'action que contre lui. 4° Enfin, pour un contrat spécial, le *mutuum*, le Senatus-consulte Macédonien avait décidé que le prêt consenti à un fils de famille n'obligerait pas le père (4), tandis

1. C'est de là, selon certains interprètes, que viendrait le nom d'actions *adjectivæ qualitatis*. — Quant à la *filiæfamilias*, la question de savoir si elle est obligée dépend du parti que l'on prend sur la controverse relative à sa capacité (Girard, *op. cit.*, p. 455).

2. Le tiers contractant pouvait à son choix poursuivre le père ou le fils, mais il ne pouvait les poursuivre successivement l'un et l'autre (D. 14. 1. *de exercit. act.* 1. 24) vu l'effet extinctif de la *litiscontestatio*. Sous Justinien, au contraire, le tiers a la faculté d'agir successivement contre le fils et le père jusqu'à désintéressement intégral. Il y a, en quelque sorte, deux *correi promittendi*.

3. D. 15. 1. *de pecul.* 3. 5. 6. 9.

4. Inst., 4 7. *quod cum eo*, 7 ; D. 14. 6. *de Sen. cons. Maced.* Le fils de famille n'était obligé que naturellement. V. sur

qu'à l'inverse l'esclave continuait à pouvoir faire naître contre son maître une action *de peculio* en contractant un prêt d'argent.

Résumant tout ce qui précède, nous dirons que le prêteur, usant d'un procédé qui lui était familier, avait organisé, pour faire échec à la règle exclusive de la représentation, des actions qui permettaient, dans une mesure plus ou moins large, de faire rejaillir sur le *paterfamilias* les effets des obligations contractées par leurs fils ou leurs esclaves, actions d'ailleurs sur la formule desquelles les commentateurs sont divisés (1), mais cette controverse ne présente pour ainsi dire aucun intérêt au point de vue où nous nous plaçons : l'évolution du principe de non-représentation. Ces actions, comme on l'a dit, n'aboutissaient qu'à une représentation imparfaite, indirecte, attendu que le *paterfamilias* n'était pas seul obligé comme il arriverait s'il y avait représentation véritable, puisqu'à côté de l'obligation

l'application du S. c. Macédonien à la *filiafamilias* : D. 14. 6. *de Sen. cons. Maced.* 9. 2. Ajoutons que lorsque le père de famille avait autorisé l'emprunt, ou en avait profité, le créancier pouvait exercer contre lui l'action *institoria* ou l'action *de peculio* et *de in rem verso*, sans craindre de se voir opposer le Senatus consulte (D. 14. 6. *de Sen. cons. Maced.* 7. 11 et 12 ; 9. 3).

1. V. à cet égard M. Girard, *op. cit.*, p. 650, texte et notes 2 et 3.

prétorienne du père ou du maître, le fils était obligé civilement et l'esclave naturellement.

III

DE LA REPRÉSENTATION PAR LES *extraneæ personæ*.

Le Romain qui ne voulait pas, ou ne pouvait pas, faire par lui-même ses affaires, n'avait pas toujours à sa disposition des fils et des esclaves en qui il eût confiance ; il ne lui restait alors que la ressource de recourir à des étrangers, des *extraneæ personæ*. C'est dans cette hypothèse que le principe de non-représentation se manifestait dans toute sa pureté, aussi l'étude de la législation romaine est elle, à cet égard, particulièrement démonstrative.

Ce tiers qui agissait pour le compte d'autrui pouvait être, soit un mandataire conventionnel, soit un mandataire légal, spécialement un tuteur ou un curateur. Nous devons envisager successivement les deux situations.

§ 1

Nous savons qu'en vertu de la règle exclusive de la représentation, le mandataire, qui stipulait ou promettait dans l'intérêt de son mandant, traitait en son nom personnel, sauf à faire ensuite passer

sur la tête du véritable intéressé, le bénéfice ou la charge de l'opération.

A cette règle, la législation romaine apporta des tempéraments. Occupons-nous d'abord du côté passif.

La nécessité de faire fléchir les conséquences rigoureuses de la non-représentation était d'abord apparue, nous l'avons vu, en matière commerciale. Or, s'il était reconnu que cette nécessité devait recevoir une sanction juridique, il n'y avait pas lieu de distinguer selon les individus qui devaient être les instruments de cette quasi-représentation. Pourquoi, en effet, aurait-on distingué entre les *alieni juris* et les *extraneæ personæ*? Il n'y avait aucune raison d'établir une distinction ; aussi l'édit du prêteur admit-il de bonne heure que les actions *exercitoria* et *institoria* compèteraient aux tiers qui auraient contracté avec le mandataire du maître, *magister navis* ou *institor tabernæ* (1). Dans la forme où il nous est connu, l'édit ne semble même pas distinguer en ce qui concerne les actions *exercitoria* et *institoria* selon que le préposé était un *alieni juris* ou une *extranea persona* (2), aussi peut-

1. Gaius, 4, 71 ; Inst. 4, 7, *quod cum eo*, 2 a.

2. V. aussi D. 14. 1. *de exercit. act.* 1. 4.

on soutenir que ces actions furent organisées, dès l'origine, sans tenir compte de la qualité du préposé (1). Cette large application des actions *exercitoria* et *institoria* ne renversait pas l'ancien principe de non-représentation puisque le mandataire était obligé directement et civilement ; ce n'était que par voie indirecte et prétorienne que le mandant se trouvait obligé (2). Remarquons d'ailleurs qu'une telle solution était à l'avantage des tiers qui avaient deux débiteurs au lieu d'un tenus *in solidum* ; d'autre part, le mandant voyait, à son crédit, se joindre celui de son mandataire, ce qui ne pouvait que servir au développement de ses affaires.

Toujours dans l'hypothèse d'un mandat s'appliquant à l'exercice d'un commerce maritime ou terrestre, on peut se demander si le prêteur avait admis, en ce qui concerne l'acquisition des créances par le préposé, un système analogue à celui qu'il consacrait à l'égard des dettes, s'il avait autorisé le préposant à agir par une action utile contre les tiers qui avaient contracté avec le préposé ? La question

1. Mais Gaius, 4. 71 paraît cependant faire une opposition entre les deux situations, ce qui peut faire croire qu'elles n'étaient pas assimilées à l'origine.

2. A cet égard, la situation est analogue à celle du fils de famille lorsqu'il est le préposé du *paterfamilias*.

se pose d'une façon plus générale à propos de l'acquisition d'une créance quelconque faite par un mandataire ; nous la retrouverons bientôt. Contentons-nous, pour l'instant, de constater que le prêteur n'avait pas, en principe, réalisé dans notre hypothèse une réforme symétrique à celle qu'il avait opérée au point de vue passif (1). Outre les raisons générales que nous exposerons plus loin, on en peut donner un motif qui a une portée spéciale en matière commerciale, à savoir que tandis que le préposant ne suivait pas la foi des tiers puisqu'il ne les connaissait pas, au contraire les tiers suivaient la foi du préposant qui avait rendu publics son nom et son intérêt dans l'affaire ; il était donc juste qu'ils fussent plus protégés que le préposant.

Les tempéraments apportés à la règle exclusive de la représentation en matière commerciale étaient sans doute les plus indispensables puisqu'ils s'imposèrent tout d'abord ; mais ne convenait-il pas d'aller plus loin, et, dépassant le champ des opérations du commerce et de l'industrie, d'en admettre le principe en matière de mandat ordinaire, à propos d'une

1. La réciprocité n'était admise que si le préposant était en danger de perdre ; par exemple, par suite de l'insolvabilité du préposé. D. 14. 3. *de instit. act.* 1 et 2 ; D. 14. 1. *de exercit. act.* 1. 18. V. d'ailleurs en ce sens, *infra*, p. 105.

opération civile déterminée? on le pensa, mais la réforme fut l'œuvre, non du prêteur, mais des jurisconsultes. Papinien fit admettre (nous n'envisageons ici que le côté passif) que lorsqu'un tiers aurait contracté avec un mandataire, on lui délivrerait contre le mandant, *utilitatis causa*, une action utile *ad exemplum institoriae actionis* (1), que les commentateurs ont qualifiée, pour cette raison, d'action *quasi institoria* (2). Ceci admis, la logique voulait que l'on dit du gérant d'affaires ce qu'on disait du mandataire; lorsque le maître ratifiait les actes du gérant d'affaires, les tiers qui avaient contracté avec celui-ci, outre l'action personnelle qu'ils conservaient contre lui, purent en effet diriger une action utile contre le maître. Enfin, la même solution s'appliquait au cas d'actes faits par un associé pour le compte social, lorsque cet associé agissait conformément à ses pouvoirs, ou lorsque ses actes avaient

1. Pourquoi pas *ad exemplum exercitoriae actionis*? sans doute parce que l'*actio exercitoria*, quoique probablement la plus ancienne, n'avait pas le caractère de généralité que présentait l'*actio institoria*.

2. D. 14. 3. *de instit act.* 19 pr. *In eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeponit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio.* V. aussi D. 17. 1. *Mandati*, 10. 5; 19. 1. *de act. empt. et vend.* 13. 25. On paraît avoir donné quelquefois à notre action la qualification d'*actio negotiorum gestorum*. V. à cet égard : D. 3. 5. *de neg. gest.* 31 pr.

été ratifiés (1). L'action quasi-institoire n'était délivrée, comme nous l'avons supposé, que si le mandataire avait agi dans les limites de ses pouvoirs ou si, du moins, une ratification était intervenue. Mais s'il en était autrement ? nos anciens interprètes, partant d'une constitution de Dioclétien (2), ont prétendu que, dans cette hypothèse, le tiers avait contre le véritable intéressé une action *de in rem verso* ou une action *de in rem verso* utile. Cette doctrine n'est plus guère en faveur, car elle suppose, ce que nous n'avons pas admis, que l'action *de in rem verso* constituait une action distincte ; or, nous avons dit qu'elle se fondait avec l'action *de peculio*, et celle-ci suppose nécessairement des personnes *alieni juris*. Quant à la constitution de Dioclétien invoquée, on a démontré que d'autres constitutions du même empereur prouvent qu'elle a été interpolée (3), et elle doit, en conséquence, être écartée du débat (4). En résumé, ce n'est probablement qu'à Justinien qu'il faut rapporter l'introduction en notre matière de l'action *de in rem verso* utile. Quoi qu'il en soit, l'action quasi-institoire et l'*actio de in rem verso* ne

1. Girard, *op. cit.*, p. 656.

2. C. 4. 26. *quod cum eo*, 7. 3.

3. C. 2. 24. *Si tutor vel curator*, 4.

4. Girard, *op. cit.*, p. 656, texte et note 3.

dérogeaient pas au principe de non-représentation puisque le mandataire restait obligé à côté du mandant (1), tandis que la représentation l'aurait dégagé de toute obligation. La législation romaine a-t-elle été jusqu'à notre conception du mandat ? nous ne le croyons pas. Sans doute Papinien paraît avoir émis la pensée que toutes les fois que le mandat était certain et que le tiers était dans le cas d'obtenir action contre le mandant, le mandataire devait être relevé de son obligation (2), mais il est très douteux que cette opinion ait prévalu (3).

Envisageons maintenant la face active, c'est-à-dire le cas où le mandataire, au lieu de s'obliger, avait acquis une créance pour le compte du mandant. La jurisprudence romaine avait elle ici consacré un tempérament analogue au précédent, autre-

1. D. 14. 1. *de exercit. act.* 5. 1 ; 1. 17. On admet unanimement aujourd'hui qu'il en a été ainsi pendant toute la durée du droit romain. Néanmoins, il convient de rappeler que dans l'opinion de certains romanistes anciens (Unterholzner, t. I, § 95 ; Thibaut, t. I, §§ 455, 457 et 459 ; Maynz, t. II, § 307 ; Van Wetter, t. II, § 420). Justinien aurait opéré une réforme consistant à enlever aux tiers la faculté de poursuivre le mandataire lorsque celui-ci aurait nommé le mandant et se serait renfermé dans les limites de ses instructions.

2. *Fr. vat.*, 328 et 332.

3. D. 3. 3. *de. proc.* 67 ; D. 22. 1. *de usur.* 32. 3. Voir en ce sens Labbé, *op. et loc. cit.* p. 879.

ment dit, à côté du mandataire devenu créancier *jure civili*, y avait-il un deuxième créancier, le mandant, *jure pretorio*? donnait-on au mandant une action utile contre ceux avec lesquels son mandataire avait contracté? La plupart des romanistes français admettent que le droit romain avait fini par faire du côté actif une réforme symétrique à celle opérée au point de vue passif, et même, allant plus loin, on a quelquefois soutenu que la créance accordée *jure pretorio* au mandant aurait été paralysée par une exception entre les mains du mandataire. On a invoqué dans le sens de cette doctrine un argument d'analogie qui, en effet, vient immédiatement à l'esprit; en second lieu, des considérations d'équité résultant du péril auquel aurait été exposé le mandant par l'insolvabilité du mandataire survenue alors qu'il intentait l'*actio mandati directa* afin de se faire céder l'action acquise pour son compte, et cela outre les retards et la complication que la cession occasionnait nécessairement; enfin on a fortifié ces arguments de raison d'un argument de texte tiré d'un fragment d'Ulpien que nous retrouverons bientôt (1). Nous croyons qu'il faut sans hésiter repousser cette opinion. Le mandataire deve-

1. D. 19. 1. de act. empt. et vend. 13. 25.

nait seul créancier en vertu de l'acte qu'il avait passé pour son mandant. Les textes, à notre avis, mettent cette solution hors de doute. Un fragment de Papinien pose nettement à cet égard le principe dans une espèce particulière : un immeuble a été acheté par l'intermédiaire d'un mandataire et il a été stipulé une somme au cas d'éviction ; le jurisconsulte décide que l'*actio evictionis* ne sera pas donnée au mandant *invito procuratore*, mais au mandataire, et que le mandant ne pourra que forcer le mandataire par l'*actio mandati directa* à lui céder l'*actio evictionis* : « *Etsi possessio per procuratorem ignorantis quaeritur usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur* (1). D'autres fragments insérés au Digeste contiennent la même doctrine (2), et, parmi eux, il en

1. D. 41. 2. *de adq. vel. amitt. poss.* 49. 2. Quant au fragment 68 D. 3. 3. *de proc.* de Papinien, d'où l'on a conclu quelquefois que ce jurisconsulte accordait les actions utiles au mandant, il ne doit s'entendre que de la *procuratio ad litem* qui, de bonne heure, fut régie par des règles spéciales.

2. *Per liberam personam quae neque juri nostro subjecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus.* (D. 45. 1. *de verb. oblig.* 126. 2) Non obstat, un autre fragment du même jurisconsulte (D. 46. 5. *de stip. pret.* 5) où il est dit que lorsqu'une stipulation prétorienne a été faite par un mandataire, l'action peut être donnée *cognita causa* au

est précisément du jurisconsulte Ulpien lui-même (1), ce qui permet de croire que le texte d'Ulpien, dont se prévaut la théorie contraire, n'a pas le sens général qu'on lui attribue. Enfin, des textes postérieurs à Ulpien supposent également l'existence de la règle que le mandataire reste seul créancier (2). Mais s'il en est ainsi ne peut-on accuser les Romains d'un manque de logique ? l'accusation serait téméraire, car il existe des raisons de distinguer entre le côté actif et le côté passif. Observons tout d'abord que si le système admis en ce qui concerne les obligations du mandataire aboutissait à une espèce de solidarité passive au profit des tiers, un système analogue, pour les créances, aurait abouti à une sorte de solidarité active, or, il n'y a rien d'étonnant qu'on n'ait pas jugé bon de consacrer celle-ci, attendu que la solidarité active elle-même n'avait déjà qu'une application restreinte, ne répondant pas en effet à des nécessités aussi pressantes que les exigences du crédit. D'autre part, la situation du mandant n'est

mandant lui-même ; les stipulations prétoriennes ressemblent en effet à des actions et la décision du jurisconsulte peut être considérée comme une extension de la doctrine d'après laquelle l'*actio iudicati* acquise par le *procurator ad litem* pouvait *cognita causa* être donnée au mandant.

1. D. 14. 3. de instit. act. 1.

2. C. 4. 27. per quas personas, 1.

pas aussi favorable que celle des tiers, car il en est l'auteur, et l'on comprend par suite que les tiers, qui n'ont pas eu une aussi grande liberté que le mandant, soient plus protégés que celui-ci et qu'on leur ait donné deux débiteurs sans leur imposer par contre deux créanciers (1). Au reste, il existe une raison péremptoire de différencier les deux situations. Le mandataire romain qui prenait des engagements, s'obligeant personnellement, était exposé à payer les dettes contractées pour le compte du mandant ; sans doute il avait un recours contre celui-ci, mais il n'était pas certain que ce recours fut efficace, or, pour se mettre à l'abri de la perte qui pouvait le menacer par suite de l'insolvabilité du mandant, le mandataire avait tout intérêt à demeurer nanti des créances par lui acquises pour le mandant. Prenons en effet un exemple. Le mandataire avait acheté à crédit, mais, en outre, à découvert, c'est-à-dire sans s'être fait verser les fonds par le mandant. L'opération conclue, il en résultait une créance en livraison de la marchandise et une obligation de payer le prix de vente. A raison de son obligation, le man-

1. Certains auteurs de l'opinion adverse se refusent, il est vrai, à reconnaître cette espèce de solidarité active, mais ils accordent utilement la créance au mandant en la paralysant entre les mains du mandataire.

dataire pouvait être forcé d'acquitter le prix ; n'avait-il pas alors un intérêt immense, à rester personnellement unique créancier de la marchandise ? Assurément si, car, actionné par le mandant, il pouvait se refuser à lui céder la créance tant que le mandant ne l'aurait pas désintéressé. L'attribution au mandant des créances acquises par le mandataire eut été une mesure préjudiciable à celui-ci ; il était préférable de lui laisser la créance jusqu'à ce que le mandant l'eut dégagé du recours des tiers, l'eut mis à même d'y faire face, ou l'eut remboursé (1). Ajoutons enfin que cette mesure eut été également fâcheuse pour le mandant qui, dans ces conditions, n'aurait plus trouvé facilement de mandataire.

Si la raison de distinguer entre la face passive et la face active réside dans l'intérêt du mandataire jugé plus sérieux que celui du mandant, il doit en résulter que la distinction s'évanouira quand cet intérêt viendra à disparaître. Or, c'est précisément ce que les textes nous disent en accordant alors au mandant

1. L'action qui aurait pu être donnée au mandant aurait été une action utile ; mais la délivrance d'une telle action suppose qu'il a été reconnu, après examen des circonstances de la cause, qu'il existe un intérêt sérieux à s'écarter du droit strict ; or, nous l'avons dit, c'est ce qui n'avait pas lieu en principe.

une action utile contre le tiers qui a traité avec le mandataire, textes qu'il faut se garder de généraliser comme l'a fait la doctrine que nous combattons. C'est spécialement dans le sens restreint que nous venons d'indiquer qu'il faut entendre le fragment d'Ulpien invoqué par les partisans de la théorie contraire. Le jurisconsulte suppose qu'un mandataire a été chargé de vendre un objet appartenant au mandant ; ce mandataire avait vendu à crédit ; à raison de l'opération conclue, le mandataire était obligé de livrer la marchandise, mais était devenu créancier du prix de vente ; dans cette hypothèse, Ulpien accorde au mandant contre le tiers acheteur une action *venditi quasi institoria*, de même qu'il reconnaît à ce tiers le droit d'agir contre le mandant par une action utile, notamment au cas d'éviction : « *Si procurator vendiderit et caverit emptori : quæritur an domino vel adversus dominum actio dari debeat ; et Papinianus, lib. III. Responsorum putat, cum domino ex empto agi posse utili actione, ad exemplum institorie actionis, si modo rem vendendam mandavit ; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere* » (1). Ce texte, loin d'être contraire à celui de Papinien ci-dessus rap-

1. D. 19. 1. *De act. empt. et vend.* 13. 25.

porté (1), se concilie parfaitement avec lui si on a soin de remarquer que l'hypothèse prévue par Papien est inverse de celle d'Ulpien puisqu'elle suppose un mandataire acheteur. Le mandataire qui a vendu et livré une chose qui lui a été remise par son mandant n'a pas en général d'intérêt à rester seul et unique créancier, aussi comprend-on qu'on donne au mandant le droit de réclamer le prix. Nous avons vu qu'il en est tout différemment en ce qui concerne le mandataire acheteur, lequel avait intérêt à rester créancier pour assurer son remboursement; aussi, si le mandant avait fourni au mandataire l'argent nécessaire au paiement du prix, le magistrat, dans cette hypothèse, devait-il, ou mieux peut-être, pouvait-il, après examen (2), délivrer au mandant l'*actio empti utilis* (3). Il en était de même, selon nous, si le mandataire n'avait été chargé que d'un seul acte unilatéral, d'une stipulation (4). En somme l'idée qui paraît avoir guidé la jurisprudence romaine est celle que le mandataire ne saurait rendre de services à ses dépens et c'est dans cette vue qu'elle a organisé

1. D. 44. 2. *de adq. vel. amitt. poss.* 49. 2.

2. Girard, *op. cit.*, p. 661.

3. D. 3. 3. *de proc.* 68.

4. Néanmoins le texte d'Ulpien (D. 45. 1. *de verb. oblig.* 79) qu'on invoque en ce sens nous paraît plutôt avoir trait à la représentation judiciaire.

son système. Pour donner satisfaction au même intérêt, remarquons que le droit français, qui admet la représentation, a dû employer un procédé différent. Il applique le principe que le mandataire est étranger à l'acte par lui passé au contrat de commission dans les rapports du commissionnaire et du commettant, puis, comme l'intérêt du commissionnaire pourrait en souffrir à raison des déboursés effectués, il y remédie en donnant au commissionnaire vendeur un privilège sur les marchandises qui lui sont expédiées, privilège étendu par la jurisprudence au commissionnaire acheteur nanti des choses achetées, et, si le commissionnaire acheteur ne possède plus, elle le subroge au privilège du vendeur qu'il a payé (1).

Il existait un deuxième cas où, encore plus certainement que dans le précédent, on accordait au mandant une action utile pour les contrats passés par son mandataire, et ce cas, à raison de sa spécialité, est une nouvelle justification du système qui dénie au mandant le droit d'exercer sous forme utile toutes les actions nées des contrats conclus par son mandataire. Quand le mandataire était devenu insolvable il aurait été inique de laisser dans la masse de la faillite une créance que le mandant avait seul

1. Art. 94 et 95. C. Com.

contribué à y mettre et de faire venir celui-ci au marc le franc avec les autres créanciers. Pour éviter ce résultat, le magistrat s'était réservé à titre extraordinaire, *extra ordinem*, le droit de venir au secours du mandant en lui permettant d'intenter seul, comme action utile, l'action que le mandataire avait acquise pour son compte (1). Telle est la deuxième exception au principe que nous avons posé (2).

Si nous voulons résumer tous ces développements, nous dirons que les Romains sont restés plus fidèles à la règle exclusive de la représentation en matière de créance. La représentation active ne pouvait en effet être admise que lorsque se serait achevée l'évolution de la représentation passive, c'est-à-dire quand le mandataire pourrait obliger le mandant sans s'obliger lui-même. Or, nous l'avons vu, la législation romaine n'a jamais mis hors de cause le mandataire ; elle s'est contentée, à l'aide de procédés ingénieux, de se rapprocher du système de la représentation sans jamais le consacrer. — Notons, pour

1. *Solent plane præfecti propter ministerium annonæ, item in provinciis præsides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum* (D. 14. 1. *De exercit. act.* 1. 18). V. aussi D. 14. 3. *de instit. act.* 2.

2. Lorsque l'action du contrat est délivrée *utilitatis causa* au mandant contre les tiers, l'action du mandataire est paralysée (Labbé, *op. et loc. cit.*, p. 879).

terminer, que la théorie romaine aboutissait, au point de vue de la capacité, à des conséquences à peu près semblables à celles de la représentation. L'incapacité du préposé ou du mandataire n'empêchait pas les tiers d'avoir une action utile contre le préposant ou le mandant (1) ; la capacité de ceux-ci était seule nécessaire (2). Mais le mandataire capable était toujours obligé en vertu du contrat par lui passé quelle que fut l'incapacité du mandant (3).

§ 2.

Le droit romain primitif avait adopté, en ce qui concerne les tuteurs et curateurs, les mêmes principes qu'à l'égard des mandataires conventionnels, c'est-à-dire, qu'étant considérés comme *extraneæ personæ*, ces tuteurs et curateurs, quand ils géraient les affaires de l'incapable, acquéraient personnellement les créances et devenaient débiteurs à raison des actes qu'ils passaient, sauf, bien entendu, règlement de compte à la fin de la tutelle ou de la curatelle. Tant que durait la tutelle, la règle exclusive de représentation ne présentait guère d'inconvénients,

1. D. 14. 1. *de exercit. act.* 1. 4 ; D. 14. 3, *de instit. act.* 7. 1 et 2, « *Sibi imputare debet qui præposuit* ». — V. art. 1990, C. Civ.

2. D. 14. 1. *de exercit. act.* 9 ; D. 14. 3. *de instit. act.* 9.

3. D. 14. 1. *de exercit. act.* 5. 1. — Comp. art. 1997, C. Civ.

car, chargé de la gestion de toutes les affaires du mineur, le tuteur devait déjà normalement poursuivre les débiteurs ; d'autre part, en sa qualité d'administrateur, il avait le devoir de payer les dettes de son pupille, ce qu'il faisait, sans s'exposer, en prenant dans la caisse du pupille de quoi désintéresser les créanciers dont il était cependant le débiteur personnel. Mais la situation s'aggravait quand la tutelle ou la curatelle avait pris fin et que le tuteur ou le curateur avait rendu ses comptes. Il devenait alors indispensable que l'ex-incapable restât seul titulaire des créances ou des dettes qui avaient leur source dans la gestion de son patrimoine ; une réforme en ce sens s'imposa lorsque la tutelle changea de caractère, et, de droit qu'elle était primitivement pour le tuteur, se transforma en une charge (1). Il était naturel que pour un mandat légal, le législateur se montrât moins rigoriste que pour un mandat conventionnel et fit brèche d'une

1. Mais pendant la tutelle, le tuteur continua à ne pouvoir écarter les actions résultant des obligations contractées par lui en sa qualité de tuteur. Est-ce à dire que le tuteur pouvait être condamné à payer une valeur supérieure à la fortune du pupille ? Cela est peu probable en présence du fragment 43. 1. *D. de adm. et pericul. tut. et curat.* 26. 7 qui ne vise il est vrai que le curateur du mineur de vingt-cinq ans, mais qui doit être étendu au tuteur par identité de motifs.

façon plus sérieuse à la règle de la non-représentation. A la fin du second siècle et au commencement du troisième nous voyons en effet consacrées d'importantes dérogations au vieux principe exclusif de la représentation. Au point de vue passif, il fut reconnu que les actes passés par un tuteur ou un curateur pour le compte de l'incapable, donneraient ouverture, au profit des tiers, à une *actio quasi institoria* ; qu'à l'expiration de la tutelle ou de la curatelle, les tiers qui avaient contracté avec le tuteur ou le curateur pourraient poursuivre l'ex-incapable (1) ; bien plus, on admit que les tuteurs et curateurs pourraient repousser, par une exception, les actions qui seraient dirigées contre eux à raison de leurs actes de gestion (2). Les tuteurs et cura-

1. Dans le fragment 4. 1. D. *de evict.* 21. 2. Papinien suppose qu'un tuteur a vendu une chose appartenant à son pupille, et il donne à l'acheteur une *actio ex empto utilis* contre l'ex-pupille à raison de la garantie à lui due par suite de l'éviction dont il a été victime ; le pupille serait tenu jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu selon le jurisconsulte ; Ulpien, qui rapporte cette opinion, estime que l'ex-pupille doit être tenu pour le tout si le tuteur est insolvable.

2. D. 26. 9. *Quando ex facto tutoris vel curatoris*, 5 ; C. 5. 39. *Quando ex facto tutoris*. 1 : « Nam tutores curatoresque finito officio non esse conveniendos ex administratione pupillorum adolescentiumque sæpe decretum est ». Le tuteur restait néanmoins tenu après la fin de ses fonctions lorsqu'il avait manifesté l'intention de s'obliger personnellement. D. 26. 9. *Quando ex facto tutoris vel curatoris*, 5.

teurs, n'étant plus exposés à payer les dettes (1), il n'y avait plus de raison de leur laisser les créances ; aussi la réforme se compléta, au point de vue actif, en ce qu'il fut décidé qu'après la cessation de la tutelle et de la curatelle les créances seraient désormais paralysées entre leurs mains par une exception et transférées, sous forme d'actions utiles, sur la tête de l'ex-incapable (2). En un mot, les Romains arrivèrent à cet égard à une solution voisine de la représentation, et l'ancienne jurisprudence française n'eût que peu de chose à faire pour consommer l'évolution qui aboutit en définitive à l'art. 450 Code Civil.

IV

DES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA NON-REPRÉSENTATION

Nous voudrions, sous ce paragraphe, passer en revue un certain nombre d'hypothèses qu'on a pré-

1. A moins bien entendu qu'ils n'aient agi par dol, auquel cas d'ailleurs l'ex-incapable était tenu dans la mesure où il avait profité du dol.

2. D. 12. 1. *de reb. cred.* 26 ; D. 26. 9. *quando ex facto tutoris vel curatoris*, 2 ; C. 5. 39. *Quando ex facto tutoris*, 4. V. aussi D. 13. 5. *de pecun. const.* 5. 9. Remarquons d'ailleurs que Diocletien, tout en consacrant l'exercice de l'action utile, rappelle encore le vieux principe : *per tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quæri non potest* (C. 5. 39. *quando ex facto tutoris*, 5).

sentées, à tort ou à raison, comme constituant des dérogations au principe exclusif de la représentation.

La dérogation qui nous paraît la plus certaine concerne le *mutuum*, duquel les textes rapprochent d'ailleurs la *solutio indebiti* qui fait naître en effet, comme le *mutuum*, une obligation de restitution résultant du transport de propriété effectué.

Nous avons vu que le chef de famille acquérait la possession, et par conséquent la propriété, des choses remises pour lui à ses personnes en puissance; il résultait de l'application de cette règle que le père de famille, rendu seul propriétaire, devenait, à raison même de la tradition faite, seul débiteur civil des choses remises pour lui à ses personnes en puissance, du moins dans la mesure où celles-ci avaient qualité pour en recevoir le prêt ou le paiement pour son compte (1).

Le droit romain avait fini par admettre qu'on pouvait acquérir la possession, et par suite la propriété, *per extraneam personam*. En conséquence, on devait dès lors pouvoir devenir débiteur *ex mutuo* ou *ex solutione indebiti* par l'intermédiaire d'autrui. Le mandant ou le pupille, rendus seuls propriétaires par l'entremise du mandataire ou du tuteur, étaient

1. Girard, *op. cit.*, p. 654.

seuls obligés *re* à la restitution des objets ou valeurs livrés à ce mandataire ou à ce tuteur (1).

De même que l'on pouvait acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui, on pouvait s'en dépouiller, et, par là, aliéner la propriété. Il était donc possible de devenir, par l'entremise d'un tiers, créancier *ex mutuo*, ou créancier de l'indû, sans que le tiers qui avait fait la remise des deniers fût devenu créancier (2). Mais à cet égard se présente une difficulté, non encore tranchée par les interprètes du droit romain, au cas où les deniers prêtés ne provenaient pas du prêteur. Dans cette hypothèse, il est certain que, si la remise des deniers avait été effectuée par le mandataire pour le compte et de l'aveu du mandant, celui-ci devenait créancier *ex mutuo* (3).

1. D. 12. 1. *de reb. cred.* 9. 8. *in fine*; D. 12. 6. *de condict. indeb.* 57. 1.

2. *Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur* (D. 45. 1. *de verb. oblig.* 126. 2). V. aussi D. 12. 1. *de reb. cred.* 2. 4; 15. Spécialement, si mon débiteur a promis sur mon ordre à celui qui m'a demandé à emprunter la somme qu'il me doit, j'acquiers la *condictio ex mutuo* (D. 17, 1. *Mandati*, 34 pr.) V. pour la *condictio indebiti*: D. 12. 6. *de cond. indeb.* 6; D. 13. 1. *de cond. furt.* 18.

3. D. 39. 5. *de don.* 35. 2; D. 45. 1. *de verb. oblig.* 126. 2; C. 4. 27. *per quas pers.* 3. Il en était de même si un tiers sans mandat avait fait un prêt au nom d'une personne déterminée, si celle-ci ratifiait : *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Mais que décider si un tiers a prêté des deniers à lui propres au nom d'une personne déterminée et à son insu ? Donnera-t-on à cette personne la *condictio ex mutuo* ? L'affirmative semble résulter d'un texte d'Ulpien ainsi conçu : « *Si nummos meos tuo nomine dederō velut tuos absente te et ignorante, Ariston scribit adquiri tibi conductionem ; Julianus quoque de hoc interrogatus libro X scribit veram esse Aristonis sententiam* » (1). Si le fragment d'Ulpien que nous venons de citer se terminait là il pourrait être considéré comme probant, mais il se termine par une phrase qui, à notre avis, lui enlève presque toute sa valeur, car elle est en contradiction évidente avec celle qui précède. Pour justifier en effet la solution qu'il vient de rapporter, le jurisconsulte invoque ce motif d'utilité que, quand nous voulons prêter, nous recourons souvent à l'intermédiaire d'une tierce personne : « *... nec dubitari quā, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederō, tibi adquiritur obligatio, cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro* ». Mais cette justification ne porte pas puisqu'elle suppose précisément, de la part du prêteur, l'existence d'une

1. D. 12. 1. de red. creb. 9. 8.

volonté qui n'existe pas dans notre hypothèse ! Il y a donc une antinomie flagrante entre les deux parties du texte, antinomie qu'on a d'ailleurs essayé de faire disparaître de bien des façons (1) ; ce qui semble le plus probable, c'est que notre fragment ne nous est pas parvenu dans sa pureté, mais a été interpolé. En l'absence d'une donnée suffisamment sûre, il nous paraît préférable d'invoquer un argument de raison ; comment concevoir qu'une personne puisse, en prêtant son argent en notre nom, nous rendre, à notre insu, créancier, peut être d'un insolvable, et nous obliger envers elle à une restitution du capital ? (2) Quoiqu'il en soit de cette question ; quand la *condictio* était acquise au prêteur par suite de prêt consenti en son nom par l'intermédiaire d'au-

1. Girard, *op. cit.*, p. 500, note 5. M. Pernice (*Labeo*, 3. 1, p. 222 et s.) estime, à l'inverse d'autres romanistes, que c'est la deuxième partie du fragment qui a été interpolée et qu'Ariston donnait bien la *condictio* à celui pour le compte duquel les deniers avaient été remis sans son aveu, mais comme une *condictio née re*, en dehors de toute idée de contrat, et non pas comme une *condictio née du mutuum*.

2. Les Romains attachent une telle importance à l'accord des volontés entre celui qui emprunte et celui qui deviendra créancier qu'une erreur sur l'identité, erreur rendue possible par l'intervention d'un tiers qui réalise matériellement le prêt, est un obstacle à la formation du contrat (Labbé, *op. et loc. cit.* p. 873 note 4).

trui, si un gage ou une hypothèque avait été constitué pour sûreté du prêt, l'action hypothécaire ne compétait pas au prêteur, mais seulement au tiers qui était obligé de la céder (1). Justinien trouva cette solution peu logique, et, sous entendant la cession de l'action hypothécaire, il décida qu'à l'avenir elle naîtrait, comme la *condictio*, en la personne du prêteur (2).

Le *mutuum* constitue une véritable dérogation apportée *jure civili*, et non *jure pretorio*, au principe exclusif de la représentation ; il y a dans cette hypothèse, tant au point de vue passif qu'au point de vue actif, une représentation parfaite (3). Néanmoins, on y a quelquefois vu une dérogation à la règle *nemo alteri stipulari potest* (4). Cette manière de voir nous paraît inexacte. De même que le tiers en déplaçant la possession, et par suite la propriété, rend fictivement celui pour le compte duquel il agit aliénateur direct, de même il le rend créancier, la créance n'étant que la conséquence du transfert de propriété.

1. D. 13. 7. *de pign. act.* 11. 6 ; C. 8. 14. *de pign. et hyp.* 16. Comp. D. 20. 1. *de pign. et hyp.* 21 pr.

2. C. 4. 27 *per. quas pers.* 3.

3. Girard, *op. cit.* p. 657 et 658.

4. Accarias, *op. cit.* t. II n. 522.

Si la dérogation admise à la règle de la non-représentation en matière de *mutuum* se rattache à la théorie du transfert de la possession et de la propriété, vu l'importance de l'élément matériel dans ce contrat, n'était-il pas naturel qu'on en étendit le principe aux autres contrats réels, commodat, dépôt et gage? Les compilations de Justinien contiennent à cet égard quelques textes qui semblent en effet confirmer cette hypothèse. D'une part nous voyons que lorsqu'un individu remettait à titre de dépôt ou de commodat une chose qui ne lui appartenait pas, il pouvait convenir que le dépositaire ou le commodataire restituerait la chose à une personne déterminée (1). D'autre part, il est dit que le créancier gagiste, en aliénant la chose engagée, pouvait convenir que le débiteur aurait le droit de la reprendre en en offrant le prix (2). Mais on a démontré victorieusement que ces textes sont interpolés, qu'ils ne reflètent que le droit de Justinien, et que, jusqu'à lui les solutions qu'ils renferment n'étaient pas admises (3), sans doute parcequ'il n'y avait pas autant d'utilité pratique à le faire que pour le *mutuum*. D'ailleurs, doit-on y voir une exception au

1. C. 3. 42. *ad exhib.* 8.

2. D. 13. 7. *de pign. act.* 13 pr.

3. Girard, *op. cit.* p. 440.

principe de non-représentation? on le pense assez souvent, mais d'autres romanistes estiment qu'il y a plutôt là dérogation à la règle que nul ne peut stipuler pour autrui, car, dans les hypothèses en question, il semble, d'après les textes, que c'est moins le contrat lui-même qui est réputé formé entre le prétendu représenté et le tiers, qu'un effet déterminé de ce contrat qui se produit chez un autre que ceux qui y ont été parties (1).

A fortiori dirons-nous d'un autre cas, cité encore quelquefois comme une exception à la non-représentation, qu'il ne déroge qu'au principe *nemo alteri stipulari potest*, car nous n'y trouvons pas l'élément matériel des cas précédents. Il s'agit d'un père qui, en dotant sa fille, a stipulé que, si elle meurt *in matrimonio*, la dot lui sera restituée s'il vit encore à cette époque, et, s'il est décédé, à son fils; en l'espèce, un texte nous enseigne que si la fille vient à mourir *in matrimonio* et le père à prédécéder, le fils pourra réclamer la dot (2); et il faut ajouter que celui-ci jouira de ce droit alors même qu'il serait

1. Au reste les textes ne donnent au prétendu représenté qu'une action utile (commodat, dépôt) ou une action *in factum* (gage).

2. D. 23. 4. *de pact. dot.* 9. V. aussi en ce qui concerne la restitution de dot au profit de tiers : D. 24. 3. *sol. matr.* 45 ; C. 5. 14. *de pact. conv.* 7.

exhérédié et devenu ainsi une *persona extranea* par rapport à son père (1). Rien n'autorise à voir dans cette stipulation autre chose qu'une dérogation à la maxime que nul ne peut stipuler pour autrui, et elle n'a d'ailleurs été admise que *benigna juris interpretatione*.

A l'époque où il fut possible de faire des contrats entre absents, on permit de réaliser ceux-ci soit par messenger, soit par lettre (*per nuntium vel epistolam*) (2), or, cette faculté de contracter *per nuntium*, peut être regardée comme une exception à la non représentation (3). Néanmoins, le *nuntius* n'est pas encore un véritable représentant ; l'exception n'est donc pas aussi caractérisée qu'elle le paraît au premier abord. Le *nuntius*, disent les uns, ne donne qu'un concours purement matériel à l'acte à la différence du représentant qui joue un rôle juridique en concluant l'acte (4). Il ne représente l'intéressé, disent les autres, que dans la manifestation de sa

1. De même il pouvait l'exiger seul et toute entière s'il devait concourir avec d'autres héritiers.

2. D. 13. 5. *de pecun. const.* 14. 3 ; D. 17. 1. *Mandati* 1. 1 ; D. 44. 7. *de obl. et act.* 2. 2. Selon l'expression de Cujas, le *nuntius* est une *epistola loquens*, comme l'*epistola* est un *nuntius tacitus*.

3. De Savigny, *Obligations*, t. II § 57.

4. Dernburg, 1. § 117. n. 3.

volonté, à l'inverse du représentant qui le représente dans sa volonté même (1). Quoi qu'il en soit, il est certain qu'au cas de contrat passé *per nuntium*, les effets s'en produisaient directement et uniquement en la personne de l'intéressé (2).

On doit encore moins considérer comme une représentation le fait du *proxeneta*, courtier qui faisait profession de mettre en rapport deux ou plusieurs personnes pour les faire contracter ensemble moyennant un salaire recouvré par voie de *cognitio extraordinaria* (3). Contrairement au mandataire, le proxénète ne s'obligeait pas. A l'inverse du *nuntius*, il ne se bornait pas à rapporter la volonté d'un individu mais avait l'initiative du contrat.

V

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

On peut concevoir l'intervention d'un tiers dans divers modes d'extinction des obligations : *acceptila-*

1. Windscheid, 1. § 73. n. 2.

2. Le *nuntius* différait donc du *procurator* par les conséquences qui résultaient du contrat passé. Mais, extérieurement, le criterium qui permettait de distinguer entre les deux situations était assez délicat. Remarquons toutefois que le *procurator*, à la différence du *nuntius*, pouvait intervenir spontanément, et qu'il avait, en général, des instructions qui lui laissaient une certaine liberté.

3. D. 50-14. de *proxen.*

tio, pactum de non petendo, solutio, novatio, litiscontestatio. Nous allons successivement les passer en revue.

Les *alieni juris*, avons-nous dit, pouvaient rendre meilleure la condition de leur *paterfamilias* ; il faut en conclure qu'ils pouvaient obtenir *acceptilatio* des obligations contractées par celui-ci (1). En ce qui concerne les esclaves communs, soumis à un droit d'usufruit ou d'usage, il suffisait d'ailleurs d'appliquer les principes que nous avons exposés à propos de l'acquisition des droits réels et de créance. Remarquons enfin, que, dans l'hypothèse d'un esclave grevé d'un droit d'usufruit ou d'usage, l'*acceptilatio* qu'il recevait de la dette dont était tenu l'usufruitier ou l'usager opérait toujours, attendu qu'elle était assimilée à une acquisition *ex re eorum*. Par la même raison, l'esclave commun recevant *acceptilatio* de la dette grevant l'un de ses maîtres seulement, le libérait toujours (2).

1. D. 46. 3. *de sol. et lib.* 63 ; 71. 2. Il est probable que dans ce cas la formule de l'interrogation devait être modifiée. Quant aux obligations contractées personnellement par les esclaves ou les fils de famille, ceux-ci pouvaient en obtenir *acceptilatio*, et cette *acceptilatio* libérait le *paterfamilias* des obligations honoraires dont il pouvait être tenu (D. 46. 4. *de accept.* 8. 4 ; 41. 1 ; V. aussi D. 34. 3. *de lib. leg.* 5. 3) mais cette libération n'opérait que par voie de conséquence.

2. D. 46. 4. *de accept.* 8. 1 et 2 ; 41 pr. 2 et 3.

A l'inverse, les personnes en puissance ne pouvaient jamais rendre pire la condition du maître ou du père de famille. Un texte nous dit formellement qu'elles ne pouvaient, même en vertu d'un ordre formel, consentir une *acceptilatio* qui aurait libéré le débiteur du *paterfamilias* (1). En vain aurait-on recouru au détour d'une novation préalable, car la promesse qui aurait alors été faite aux individus en puissance ne pouvant être acquise qu'au chef de famille l'*acceptilatio* serait demeurée impossible.

La situation était bien différente s'il s'agissait d'*extraneæ personæ*. Les *extraneæ personæ* étant étrangères à l'obligation que l'on voulait éteindre, ne pouvaient figurer dans une *acceptilatio* ; la solennité du mode d'extinction aurait suffi à y mettre obstacle. Une telle règle était gênante, spécialement quand l'intéressé était un *infans* ou un absent, et ses inconvénients n'étaient que très partiellement évités par l'emploi possible des individus en puissance. Heureusement, la pratique avait trouvé un détour. Toute personne capable de nover la créance ou la dette d'autrui pouvait en effet, par novation, transporter en sa personne le droit ou l'obligation, et, cela fait, consentir ou recevoir

1. D. 46. 4. de *accept.* 22.

acceptilatio en son propre nom (1). Si l'opération émanait d'un mandataire, il fallait qu'elle n'excédât pas les bornes de son mandat ; si elle émanait d'un tuteur ou d'un curateur, il fallait qu'elle fût avantageuse au pupille ou à la personne en curatelle (2).

La remise de dette par pacte *de non petendo* n'étant pas solennelle, à la différence de la remise consentie par *acceptilatio*, n'exigeait pas l'intervention personnelle du créancier et du débiteur. Un mandataire, un tuteur ou un curateur (3), y figuraient valablement, à la condition d'agir dans les limites de leurs pouvoirs (4). Mais, comme la représentation n'était pas admise, on ne délivrait pas l'exception *pacti conventi* mais l'exception *doli mali* (5). Au reste, les Romains qui n'avaient fait qu'appliquer les principes du droit

1. D. 46. 4. *de accept.* 13. 40.

2. D. 46. 4. *de accept.* 3 ; 13. 20.

3. Le fragment 28. 1 *de pactis*, D. 2. 14, semble dire que le curateur ne peut figurer dans un pacte *de non petendo* que pour recevoir la remise et non pour la consentir, mais il n'a visé sans doute que la remise gratuite, car il serait étrange que le curateur, qui peut éteindre une créance par novation ou *acceptilatio*, ne puisse le faire par un pacte *de non petendo*.

4. D. 2. 14. *de pactis*, 10. 2 ; 11 à 15.

5. D. 2. 14. *de pactis*, 10. 2 ; 21. 5 ; 25. 2 ; 26. L'*exceptio doli mali* laissait d'ailleurs au juge plus de latitude que l'*exceptio pacti conventi*.

commun lorsqu'il s'était agi d'*acceptilatio* où figuraient des *alieni juris*, s'étaient montrés bien plus larges en matière de pacte *de non petendo*. Les personnes en puissance pouvaient en effet par pacte *de non petendo*, non seulement procurer au *paterfamilias* sa libération (1), mais, parfois même, lui enlever une créance ; il en était ainsi quand la créance faisait partie de leur pécule si elles en avaient la libre administration, et quand le pacte ne contenait pas de libéralité (2).

Si le prêteur avait pu, relativement au *pactum de non petendo*, déroger à la règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, cela ne tenait pas seulement à l'absence de solennité du mode d'extinction employé, mais aussi à ce que la législation se montrait en principe favorable à la libération. Aussi le droit civil fut-il conduit, pour les mêmes raisons, à suivre cette voie en matière de paiement. Le paiement comportait l'intervention d'un mandataire pour le créancier (3). Il comportait même l'interven-

1. D. 2. 14. *de pactis*, 17. 7 ; 18 à 21.

2. D. 2. 14. *de pactis*, 28. 2 ; D. 47. 2. *de furt.* 52. 26.

3. Le fondé de pouvoir du créancier pouvait être désigné dans l'acte (*adjectus solutionis gratia*) ou être un préposé quelconque, tuteur, curateur, mandataire, esclave à ce commis. Pour être libératoire, le paiement devait être fait à un individu ayant pouvoir à cet effet ; mais néanmoins,

tion, en faveur du débiteur, de tout individu qui se présentait pour le libérer, et cela, malgré l'opposition du débiteur (1). D'ailleurs, il faut dire de l'extinction par novation ou *litiscontestatio* ce que nous venons de dire du paiement, et la faveur de la libération en donne la raison. Ainsi le débiteur pouvait, par ces divers modes d'extinction, se trouver libéré à son insu et contre son gré (2). On a quelquefois expliqué le résultat ainsi obtenu en disant que la représentation n'est exclue que dans les actes purement juridiques (3). Mais cette explication ne saurait valoir que pour le paiement, et non pour la novation ou la *litiscontestatio*. A notre avis, si les tiers pouvaient par leur intervention éteindre la dette d'autrui, malgré le principe de la non-représentation, c'est que la libération dont ils étaient les auteurs

s'il avait été fait de bonne foi à un mandataire révoqué, il était libératoire (D. 46. 3. *de sol.* 12. 2 ; 34. 3 ; 38. 1 ; V. aussi Inst. 3. 26. *de mand.* 10).

1. D. 3. 5. *de neg. gest.* 39 ; D. 46. 3. *de sol.* 40 ; Inst. 3. 29 pr. On pourrait présenter cette faculté pour tout individu de payer la dette d'autrui comme une atténuation à la règle que sont nulles les stipulations pour autrui ; mais les Romains ne l'ont jamais ainsi considérée parce que l'intéressé obtenait l'avantage sans avoir besoin d'intenter d'action.

2. D. 46. 3. *de sol. et lib.* 23.

3. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n. 11 et 13.

résultait d'actes ayant une existence propre et dont les effets directs se réalisaient dans leur personne. C'est ainsi que celui qui payait transférait la propriété de ce qui lui appartenait, et il n'y avait pas de représentation dans l'aliénation ainsi effectuée ; il est vrai que l'on avait décidé que cette aliénation libérerait le débiteur, mais ce n'était là qu'un effet indirect de l'acte accompli par le tiers. On peut faire un raisonnement analogue pour la novation et la *litiscontestatio*.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, il n'est pas inutile de jeter un regard en arrière sur le chemin parcouru en matière de représentation par la législation romaine ; on peut alors constater que si les principes sont restés théoriquement les mêmes, ils ont été énervés dans leur application. Si le droit romain était parti de la règle de la non-représentation, seule conforme en effet à la réalité des choses, il avait senti de bonne heure la nécessité de s'affranchir de ses conséquences fâcheuses. Le premier pas fait dans cette voie se rencontre dans une matière, que nous n'avons pas envisagée ici, mais qui renferme une très importante application de l'idée de non-représentation, celle des actions en justice ; contentons-nous de dire que le préteur y employa des procédés analogues à ceux que nous avons décrits à propos des contrats. La réforme ne devait pas tarder à gagner le domaine des droits réels et de créance. En ce qui concerne les droits réels, elle fut facilitée, on pourrait dire rendue inutile, par les théories admises sur

la possession qui permirent en effet de passer à côté du principe de non-représentation sans le heurter de front. Le principe se conserva mieux à l'égard des obligations, mais, d'une part, il fut néanmoins paralysé d'une façon générale par l'ingéniosité de procédés qui arrivèrent à produire des effets se rapprochant de ceux de la représentation, et d'autre part, la législation romaine fini par admettre quelques exceptions directes à la vieille règle. Au reste l'étude des personnes morales achèverait de démontrer, s'il était besoin, que le droit romain n'était pas absolument rebelle à l'idée de représentation et qu'il ne la consacra pas parce que les tempéraments qu'il y apporta suffirent à donner satisfaction aux exigences de la pratique (1). La marche de la législation romaine vers la représentation est en effet issue des nécessités économiques. L'agrandissement du territoire, la création de nouveaux débouchés, l'éparpillement de la population, ne pouvaient s'accorder avec l'antique principe exclusif de la représentation, aussi quand le développement intellectuel et juridique le permit, le système ancien subit-il de profondes modi-

1. Remarquons enfin que tandis que s'accroissait l'évolution vers la représentation le semblant de représentation tenant à l'organisation de la famille romaine s'évanouissait par suite de l'institution des pécules et des biens adventices.

cations qui, tout en le respectant, en changèrent entièrement la physionomie.

Nous venons de dire que le droit romain respecta l'ancien principe tout en le modifiant. Quelques interprètes, en tête desquels il faut placer M. de Savigny (1), ont été plus loin, et n'ont pas craint d'affirmer que la représentation finit par s'imposer. Cette opinion invoque en sa faveur la marche générale de la législation romaine qui, du formalisme primitif, alla vers le non-formalisme. Or, tandis que le formalisme avait, dit-on, pour conséquence la non-représentation, il n'en était pas ainsi du non-formalisme. Ce qui importe surtout dans les actes non solennels c'est, ajoute-t-on, le consentement ; or, le consentement pouvait être porté à la connaissance de l'intéressé par un *nuntius*. Cette théorie ne cadrerait pas seulement avec l'esprit du droit romain, elle serait, croit-on, en parfaite conformité avec les textes, en dehors même de ceux qui visent exclusivement le *nuntius*. Le plus caractéristique est un fragment de Modestin qui constitue la base juridique du système de M. de Savigny (2). Il est ainsi conçu : « *Ea quæ civiliter adquiruntur, per*

1. De Savigny, *System.* t. III § 113 ; *Obligations*, t. II § 116 et 57.

2. D. 41. 1. *de adq. rer. dom.* 53.

eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem ; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus ». Dans ce passage, le jurisconsulte distinguerait la *civilis adquisitio* et la *naturalis adquisitio*, c'est-à-dire les droits dont l'acquisition exige des solennités et ceux dont l'acquisition n'en exige aucune, et il déciderait que tandis que le principe de non-représentation s'applique aux premiers, sauf le tempérament tenant au régime familial, il n'a pas d'application quant aux seconds. La théorie de M. de Savigny n'est plus guère en faveur de nos jours. Sans doute, nous l'avons déjà fait remarquer, le formalisme a été un obstacle à la représentation, et cela explique que c'est pour les actes formels que la non-représentation s'est le plus longtemps perpétuée. Mais il n'en faut pas conclure qu'il a été la cause du principe exclusif de représentation ; celui-ci a survécu à l'introduction des modes non solennels. Il est vrai que ces modes ont puissamment contribué à une modification dans les idées. Cela apparaît surtout en ce qui concerne les droits réels parce que les modes qui s'y rattachent se basent sur un élément matériel ; cela est encore exact en ce qui concerne les droits de créance, quoiqu'il fut alors plus difficile de tourner l'ancien principe.

En réalité, la représentation, comme nous l'avons dit, a sa source dans la conception primitive de l'acte juridique. Quant aux textes invoqués, ils ne nous semblent pas aussi probants qu'on l'affirme. Ceux relatifs au *nuntius* ont une portée spéciale et limitée, et, d'ailleurs, il peut paraître dangereux d'assimiler de tous points le *nuntius* au représentant. D'autre part, le fragment de Modestin, s'il n'est pas interpolé comme on l'a quelquefois avancé, n'est point, en tout cas, aussi général qu'on le laisse supposer. Le jurisconsulte n'a voulu faire allusion qu'à la réforme accomplie en matière de possession, et la preuve en est dans les mots *volentibus nobis possidere*. Le fragment 53, comme bien d'autres, ne fait que relever la particularité relative à la possession, et cette remarque doit nous faire douter de la prétendue réalisation d'une réforme générale, attendu qu'il serait singulier que les jurisconsultes, qui insistent avec tant de complaisance sur la règle spéciale à la possession, se soient montrés aussi laconiques à l'égard d'une réforme de telle importance, laquelle n'aurait, en effet, laissé qu'une trace de quelques lignes au Digeste, contredite par une foule d'autres passages qui deviendraient dès lors inexplicables. *Excepta possessionis causa per liberam per-*

sonam, quæ alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati juris est (1).

Le droit romain, à notre avis, maintint jusque dans son dernier état le principe de non-représentation, mais il le paralysa et l'énerva de telle façon qu'en cette matière, comme en d'autres, le législateur moderne n'eut que peu de chose à faire pour substituer à l'ancienne règle le principe de la représentation que consacra d'ailleurs avant lui le droit canonique ainsi qu'en témoignent, entre beaucoup d'autres, deux textes tout à fait explicites : « *Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum* » (2). « *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum* » (3).

1. C. 4. 27. *per quas pers.* 1.

2. C. 68. *de reg. jur.* in VI^o (5. 12).

3. C. 72, *de reg. jur.* in VI^o (5. 12).

VU :

Le Président de thèse,
GÉRARDIN

VU :

Le Doyen de la Faculté,
GLASSON

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

